

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

# BLACKSTONE ET POTHIER

Thèse pour le Doctorat en Droit

(Sciences Juridiques)

PAR

Luc Henry DUNOYER

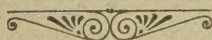
---

Soutenue, le Jeudi 19 Mai 1927, à 14 heures

---

*Président* : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

*Suffragants* : MM. CAPITANT, professeurs  
ROUAST. }



PARIS

Librairie Arthur ROUSSEAU

**ROUSSEAU & C<sup>ie</sup>, Éditeurs**

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1927

*Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation réservés pour tous pays.*





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41554622\\_0077](https://archive.org/details/IA41554622_0077)



**BLACKSTONE ET POTHIER**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.**

# BLACKSTONE ET POTHIER

Thèse pour le Doctorat en Droit

(Sciences Juridiques)

PAR

**Luc Henry DUNOYER**

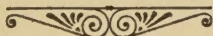
---

*Soutenue, le Jeudi 19 Mai 1927, à 14 heures*

---

*Président* : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

*Suffragants* : MM. CAPITANT, professeurs  
ROUAST. }



PARIS

Librairie Arthur ROUSSEAU

**ROUSSEAU & C<sup>ie</sup>, Éditeurs**

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1927



## INTRODUCTION

En choisissant, pour sujet de cette étude, deux jurisconsultes, l'un anglais, l'autre français, également célèbres dans leurs pays, nous pouvions nous proposer simplement de rapprocher deux vies, d'opposer deux caractères, d'établir un parallèle entre deux grands ouvrages classiques. Mais, derrière les personnes, et à travers les livres, nous pouvions entrevoir aussi deux législations très différentes, dont ces jurisconsultes nous apparaîtraient, l'un et l'autre, comme le symbole. Comparer BLACKSTONE et POTHIER, c'est peut-être esquisser un rapprochement entre le droit anglais et le droit français dont ils sont, dans le même temps, les représentants autorisés.

On connaît trop aujourd'hui l'utilité, l'attrait des études de droit comparé, pour qu'il soit nécessaire d'en présenter une nouvelle justification. Toutefois, il faut peut-être insister sur l'orientation prise par ces recherches dans ces dernières années.

Si le droit comparé est de formation récente, et si l'on a pu dire que des hommes actuellement vivants l'ont vu naître (1), pourtant, il a subi des transformations, et, lui aussi, a évolué.

Le but du droit comparé est aujourd'hui nouveau (2); on s'atta-

---

(1) Cf. Levy-Ullmann. *Revue du Droit*. Québec. 1<sup>er</sup> mai 1922. La Société française de législation comparée a été fondée en février 1869.

(2) Le droit comparé fut longtemps considéré comme un auxiliaire des autres branches du droit. Mais, les buts d'utilité pratique ou d'érudition pure qu'avaient visé les premiers adeptes, s'effacèrent rapidement devant la portée plus étendue d'une science plus mûrie et désormais mieux comprise. A la fin du dix-neuvième siècle, Saleilles découvrait les principes du nouveau droit comparé, et l'érigait du même coup en science autonome, en discipline indépendante : le droit comparé devenait un instrument de *perfectionnement législatif*, il devait

che à pénétrer des législations, qui n'avaient pas, jusqu'ici, retenu l'attention des juriconsultes, parce qu'elles ne semblaient pas les plus dignes d'une étude approfondie.

A ce sujet, le mouvement d'idées est remarquable qui, dès avant la guerre, déterminait l'abandon du droit allemand au profit des législations anglo-saxonnes, et déplaçait en France l'axe des recherches de droit comparé.

Que la législation allemande ait joué un rôle considérable dans les travaux français de droit comparé au début du vingtième siècle, cela s'explique par le bruit fait autour d'un Code destiné à marquer l'aurore d'un siècle nouveau. L'appareil scientifique mis en œuvre, et jusqu'à l'obscurité de certaines doctrines, tout était de nature à frapper les esprits. Mais, après un moment d'engouement, les juristes français reconnaissaient, avant 1914, que notre Code civil, pour être plus clair, n'était ni moins original, ni moins vivant. Si nous voulions porter notre effort sur des législations qui n'eussent pas, avec les nôtres, l'affinité trop grande des peuples latins, nous n'avions d'autre ressource que d'étudier le droit anglo-saxon.

Sans doute, bien des raisons nous en avaient jusqu'alors écartés. D'abord, cette idée répandue que le droit anglais manque de principes généraux, qu'il ne renferme pas d'idées abstraites, de règles idéales, dont nous sommes en France curieux et satisfaits. Ensuite, la pensée de l'incompatibilité des caractères français et anglais, peu favorable à un rapprochement entre les institutions qui les traduisent. Enfin, la difficulté d'étudier un droit où les précédents et la pratique jouent le plus grand rôle.

---

être envisagé comme nécessaire au développement et au progrès du droit, et, de la comparaison des diverses institutions, devait jaillir la conception idéale d'un système législatif moderne, idéal qui devait conduire les législateurs dans la voie des réformes à entreprendre. — Depuis le Congrès de 1900, des objectifs plus larges encore sont assignés à la nouvelle science : les Congressistes ont montré que, sous leur apparente diversité, les institutions juridiques des divers pays reposent sur une base commune; dès lors, le droit comparé reçoit pour mission de dégager ce droit commun législatif, qui devient un *facteur d'unification internationale*.

Aujourd'hui, le but du droit comparé est donc double : il permettra de réaliser les perfectionnements législatifs, il servira d'élément de contact et de rapprochement entre les peuples.

Malgré ces obstacles, on commençait, dès avant la guerre, à comprendre que le droit anglais, peu connu, peu accessible à l'étranger, par son particularisme et son originalité, est aussi l'un de ceux qui peuvent suggérer le plus de réflexions.

Depuis la guerre, nous savons qu'il est important de connaître les mœurs et les coutumes juridiques d'un grand peuple mêlé aux événements de notre histoire.

M. LAMBERT voit dans le droit comparé une branche fondamentale de la science juridique, qui a pour objet l'unification des différentes législations civiles, ou, tout au moins, la diminution progressive des divergences qui les séparent (1), le rapprochement juridique des peuples de même civilisation étant facilité par ce droit commun législatif, qui préexiste à l'apparente diversité de leurs institutions.

Même si la connaissance des lois anglaises ne peut faire découvrir des principes communs aux législations anglaises et françaises, leur comparaison, du moins, nous les fera mieux connaître, et se connaître, c'est tendre à s'imiter.

Pourtant, comparer le droit de l'Angleterre et le droit de la France dans la personne de deux champions : BLACKSTONE et POTHIER, n'est-ce pas tenter une œuvre bien théorique, puisque les hommes, les institutions rapprochés sont depuis longtemps disparus. Un tel parallèle n'a qu'un mérite, semble-t-il, celui de montrer quelles furent, il y a près de deux cents ans, les ressemblances et les différences de ces législations.

Il n'en est rien.

Pour mieux saisir les rapports et les divergences qui existent entre les institutions de deux pays, il est nécessaire de les étudier simultanément, à une époque déterminée. Il faut prendre ces institutions au même moment, pour apercevoir comment les idées en faveur, à un même point de leur développement, imprègnent différemment les esprits, comment les législations en sont marquées et comment les mêmes conceptions se trouvent diversement traduites

---

(1) « Il n'est pas douteux que si nous comparons, c'est avec le « désir de rapprocher les objets comparés, avec la préoccupation « constante de trouver entre eux des points de contact et des terrains « d'union : c'est là la raison d'être essentielle de notre discipline. » Lambert — Fonction du droit civil comparé, p. 908.

et réalisées. Pour se livrer fructueusement à ce travail de comparaison, il serait dangereux de se placer à une époque trop voisine de nous. Le recul est nécessaire à une étude sérieuse et impartiale.

Si l'on se réfère au passé, quelle période semblera plus propice que celle du dix-huitième siècle ? Les philosophes de cette époque ne s'adressent plus à une élite, comme les penseurs isolés du siècle précédent. Leurs écrits ne pénètrent plus le seul monde des salons, enchaîné par la tradition, soumis à l'autorité. Les doctrines nouvelles se répercutent profondément dans la nation, la pensée s'affranchit de toute servitude, elle n'est plus officielle, orthodoxe. Le dix-septième siècle était le siècle de l'ordre, de la discipline; avec le siècle des philosophes s'ouvre l'ère des libertés et de la critique. L'étude des sciences sociales passe au premier plan, remplaçant l'observation psychologique. Les penseurs s'engagent sur un terrain favorable à l'éclosion de doctrines juridiques nouvelles et, de ce mouvement des esprits, surgit la notion, plus libérale, d'un droit individualiste.

Parmi les œuvres des penseurs, il convient de faire une place aux écrits des grands jurisconsultes. Prendre dans chacun de nos deux pays un homme qui personnifie les conceptions dominantes de sa nation, analyser les œuvres de ces hommes, et, faisant la part de leur originalité, dégager l'esprit juridique de leur pays au moment où ils vivaient, nous a paru être un travail vivant et imagé.

Certes, il est difficile de trouver, chez deux peuples, deux jurisconsultes ayant vécu à peu près dans le même temps, également célèbres, également représentatifs. Les grands juristes sont rares, tous ne se sont pas occupés de leur droit national, quelques-uns ont limité leur effort à l'étude de théories particulières ou de coutumes régionales : Cujas s'est cantonné dans l'étude des Pandectes et des Institutes de Justinien, d'Argentré commenta seulement la coutume de Bretagne, Furgole traita principalement des donations et des testaments. Les seuls auteurs, dont le nom puisse être retenu pour une étude comparative, sont ceux qui s'efforcèrent d'embrasser la science juridique tout entière de leur époque, et qui en fournirent une synthèse. Ce sont, en France : Beaumanoir, Dumoulin, POTHIER; en Angleterre : Bracton, Coke et BLACKSTONE. Or, BLACKSTONE et POTHIER ont vécu au même moment, ils expriment la science juridique de leur temps, on peut voir transparaître en eux l'esprit.

de leur époque, et l'admiration, le respect dont on entoure leur mémoire dans leurs pays, témoignent que leurs ouvrages traduisent les idées juridiques de la nation à laquelle ils appartiennent.

Cette heureuse coïncidence a fait naître la pensée de cette étude.

L'intérêt de ce travail grandira, si l'on peut montrer que nos deux modèles présentent entre eux assez de points de ressemblance pour qu'il soit permis, à travers eux, d'atteindre l'esprit juridique des peuples qu'ils symbolisent. Plus ils auront de points de contact dans leurs personnes, plus les tendances nationales justifieront, seules, les oppositions rencontrées dans leurs doctrines.

Notre but connu, il faudra étudier les hommes en eux-mêmes : dans quelle mesure sont-ils des types, dans quelle mesure peuvent-ils être considérés comme des originaux ? Les circonstances de leur vie, leur mode d'existence fourniront à ce sujet des indications utiles. Ont-ils été des natures ardentes et passionnées, se sont-ils répandus dans les milieux littéraires et politiques, se sont-ils mêlés au mouvement des esprits, bref, sont-ils caractéristiques de leur époque, ou sont-ils des isolés qui, par leur vie simple, modeste, sont restés à l'écart des conceptions nouvelles de leur siècle ?

Après avoir considéré les hommes, nous passerons à l'examen de leurs ouvrages. Nous étudierons leur style, leurs idées, les théories qui les ont inspirés. Alors, il deviendra possible, en analysant une matière importante du droit, dans l'œuvre de chacun de nos jurisconsultes, d'apercevoir quelles étaient, sur un point culminant, les différentes conceptions juridiques qu'ils ont traduites.

Donc, dans une première partie, nous étudierons BLACKSTONE et POTHIER, en nous plaçant au point de vue biographique et bibliographique, nous contentant de dire ce que nous savons de leur vie et de leurs œuvres, à titre purement documentaire.

Puis, devant pénétrer le génie juridique de chacun de nos auteurs dans une deuxième partie, nous examinerons leurs tendances; nous replacerons BLACKSTONE et POTHIER dans les milieux qu'ils ont fréquentés, et, les entourant de leurs contemporains, nous rechercherons dans quelle mesure ils ont subi l'influence des idées régnant en France et en Angleterre, au cours du dix-huitième siècle.

Les traits dominants de leurs esprits ainsi dégagés, nous étudierons, dans une troisième partie, les différences qui séparent leurs conceptions juridiques. Pour base de ces développements, nous

choisirons une matière très générale : celle des obligations, de sorte que, si des aspects différents des deux systèmes juridiques nous y sont révélés, nous serons certains de rencontrer des divergences essentielles, et non pas des différences accidentelles.

A côté de son intérêt rétrospectif, cette étude présentera un intérêt actuel : elle nous permettra de rechercher, dans une quatrième partie, qu'elle a été, et qu'elle est de nos jours, l'influence de POTHIER et de BLACKSTONE sur les droits français et anglais. La permanence ou la disparition de cette influence tient-elle à la personnalité de nos auteurs, ou bien, les événements postérieurs, la nature des législations n'en ont-elles pas entravé ou favorisé l'expansion (1).

(1) L'absence de toute étude antérieure, traitant notre sujet, nous oblige à ne fournir d'autre bibliographie que celle concernant la vie et les œuvres de nos deux auteurs. On les trouvera, pour BLACKSTONE p. 32. 33 et suiv., pour POTHIER, p. 52. 53 et suiv.

Les ouvrages que nous avons consultés, et qui n'ont trait que d'une manière indirecte à notre travail, seront cités au fur et à mesure des emprunts qui leur ont été faits.

**PREMIERE PARTIE**



# BLACKSTONE

## I

### BIOGRAPHIE

Sir William BLACKSTONE était d'origine modeste (1). Quatrième enfant et fils posthume de Charles Blackstone (2), citoyen et bowyer (archer) de la ville de Londres, établi comme marchand de soieries, il naquit à Cheapside, dans la maison de son père, située sur la paroisse de Saint-Michael-le-Querne, le 10 juillet 1723. Sa mère, qui appartenait à une bonne famille du Wiltshire, (elle était la fille aînée de Lovelace Bigg. Esq. de Chilton Foliot) veilla sur ses premières années. Mais elle ne se sentait pas une autorité suffisante pour assurer la bonne éducation des trois fils (3) que son mari lui avait laissés, et elle les confia à ses deux frères qui en acceptèrent la charge (4). Dr Bigg, Directeur (Warden) du Collège de Winchester, s'occupa des deux aînés, qui devinrent « fellows » au New Col-

---

(1) Marquardsen, auteur d'une notice sur BLACKSTONE dans le *Blundschli Und Brater's Wörterbuch*, fait remarquer que la plupart des grands avocats et juristes anglais de cette époque appartenaient à des familles de condition peu relevée.

(2) Charles Blackstone appartenait à une famille originaire de Salisbury; il était le troisième fils de John Blackstone, pharmacien Newgate Street à Londres. Il mourut quelques mois avant la naissance de William.

(3) Son deuxième enfant, John, était mort en bas âge.

(4) BLACKSTONE perdit sa mère alors qu'il était à peine âgé de 12 ans.

lege d'Oxford et furent mis en état de gagner leur vie (1). Thomas Bigg, chirurgien réputé de la Newgate Street, à Londres, éleva le jeune William, qui ne tarda pas à montrer la précocité de son esprit : son intelligence l'appelait à des fonctions auxquelles sa naissance ne semblait pas l'avoir destiné, son oncle s'en aperçut, et lui fit donner une éducation sérieuse, en conformité avec ses goûts (2).

Dès l'âge de sept ans, en 1730, il le fit entrer au Collège de Charter-House, alors très réputé, et, en 1735, BLACKSTONE fut nommé boursier à ce collège par Sir Robert Walpole, sur la demande de cousin maternel, Charles Wither, Esq. de Hall (Hampshire). Ses progrès furent si rapides qu'il devint bientôt le favori de ses maîtres, et, à 15 ans, il comptait parmi les meilleurs élèves. Il dut y recevoir une solide culture littéraire, si l'on en juge par les vers qu'il écrivit alors sur Milton, et qui lui valurent une médaille d'or, offerte par Benson.

Bien que jeune encore, il avait à peine seize ans, il fut estimé suffisamment avancé pour suivre avec fruit les cours de l'Université, et, le 30 novembre 1738, il entra en qualité de « commoner » au Pembroke College d'Oxford (3). Ce collège était très connu, à cette époque, pour les aptitudes poétiques des étudiants qui y fré-

(1) Charles, l'aîné, devint « fellow » au collège de Winchester, dans lequel il avait fait ses premières études avec son frère Henry. Puis, il fut « vicar » de Wimering, dans le Hampshire. Il survécut à ses deux frères, Henry et William. Henry, le cadet, entra dans les Ordres, après avoir pratiqué la médecine, et mourut en 1778 « vicar » d'Adderbury, dans l'« Oxfordshire ».

(2) Clitherow, beau-frère et premier biographe de Blackstone, remarque, assez judicieusement, que la mort de son père lui fut, malgré les apparences, providentielle : elle le préserva d'une existence banale de commerçant : « En effet, si son père avait vécu, il est très probable que le 3<sup>e</sup> fils d'un commerçant de Londres, sans fortune, eût été élevé dans le même métier, et que les facultés qui l'ont si puissamment distingué, eussent été perdues dans un magasin ou derrière un comptoir. » (Clitherow. *Mémoires*. Page 5).

(3) BLACKSTONE demeura cependant à Charter-House, jusqu'au 12 décembre 1738, date anniversaire de la création de cette institution. Il était chargé de prononcer, cette année-là, le discours d'usage en l'honneur de Thomas Sutton, qui avait fondé la maison en 1611.

quentaient (1) : le culte du beau langage y était célébré dans le goût du temps, et le maniérisme, le style pompeux, ampoulé, qui caractérisent les œuvres de jeunesse de BLACKSTONE, sont aussi la marque du talent de ses condisciples les plus célèbres : Shenstone, le poète, et Moore, qui devint archevêque de Canterbury (2). BLACKSTONE, pendant son séjour au Pembroke College, se consacra donc presque exclusivement aux études littéraires, employant la majeure partie de son temps à des compositions personnelles (3). Mais, si la lecture des poètes, et, particulièrement des Grecs et des Latins, était son occupation favorite, il ne négligeait pas entièrement la logique, les mathématiques, et toutes les autres sciences, faites pour séduire un esprit comme le sien, épris de clarté et de méthode. C'est à cette première formation, à cette passion pour les belles-lettres (4), à ce goût pour les travaux scientifiques, qu'il faut attribuer le succès qui accueillit ses ouvrages juridiques dès leur apparition. Sa pensée limpide, exprimée avec art, son esprit juste, raisonnant avec rigueur, son style littéraire, dépouillé du jargon technique, mettaient la science du droit à la portée de tous, et rendaient attrayante l'étude des lois, jusqu'alors réputée pour son aridité.

---

(1) « Sir, we are a nest of singing birds » disait fièrement à Boswel le Doctor Johnson qui avait étudié au Pembroke College. *Solicitors' Journal*. 8 septembre 1923, page 860.

(2) C'est, à ce moment, que furent écrites la plupart des œuvres poétiques de BLACKSTONE. Elles ne furent jamais publiées, bien que l'auteur ait pris soin, plus tard, de les réunir en un volume, avec ce vers d'Horace comme épigraphe : « Nec lusisse pudet, sed non incidere ludum. » Mais, comme on l'a remarqué, la littérature anglaise n'y perdit rien, BLACKSTONE cherchait encore sa voie, et la composition de ses poèmes ne fut pour lui qu'un délassement passager.

(3) BLACKSTONE se vit bientôt titulaire de deux bourses : l'une d'elles lui avait été offerte par ses maîtres de Charter-House, au moment où il les quittait pour Oxford — l'autre, fondation de Lady Holford's, lui fut votée à l'unanimité, par les « fellows » de Pembroke-College.

(4) Welsby, dans son ouvrage : *Lives of eminent English Judges* page 330, observe que tout jurisconsulte, devenu célèbre, a connu, au temps de sa jeunesse, un moment d'enthousiasme pour la littérature. Il cite l'exemple de Mansfield, de Cowper, Harcourt, Talbot, Stowell. Tous ont été, sinon poètes eux-mêmes, du moins admirateurs fervents des maîtres de la poésie et du beau langage. Pour enseigner, il faut savoir plaire, et, seul, le commerce assidu des grands écrivains peut former le style, et apprendre à présenter avec agrément les sujets les plus abstraits.

BLACKSTONE, en effet, ne tarda pas à donner à ses travaux une nouvelle orientation : la grande ambition, l'ardent désir de renommée que ses succès scolaires lui avaient inspiré, le déterminèrent à abandonner les études qui avaient charmé sa jeunesse, et à pénétrer dans le domaine plus ardu du droit : dès l'âge de dix-huit ans, le vingt novembre 1741, il demandait son admission, comme stagiaire, dans la corporation d'avocats du Middle-Temple. Sans doute, il obéissait à une vocation impérieuse : la jurisprudence l'attirait ; mais il ne pouvait oublier que la poésie lui avait valu ses premiers triomphes, il lui apporta un dernier tribut, dans un adieu pénétré de mélancolie : « *The lawyers's fare-well to his Muse* », justement réputé pour la profondeur des sentiments et l'élégance de l'expression (1). Malgré la solennité avec laquelle il avait marqué le terme de la première étape de sa vie, il ne put, pendant quelques années, rester entièrement fidèle au vœu de s'appliquer uniquement à l'étude du droit. Il lisait encore Shakespeare qu'il annotait (2), et fit long-

(1) « *The lawyer's Fare-well to his Muse* », la meilleure œuvre poétique de BLACKSTONE, a été publiée par Dodsley, dans le 4<sup>e</sup> vol. de ses mélanges (*Miscellanies*) Elle figure aussi dans Douglas : *catalogue of the Works of Sir W. Blackstone* pp. 3 et suiv. n° 4. Deux passages, souvent cités, témoignent du talent littéraire de notre jurisconsulte, qui aurait pu conquérir dans les lettres, s'il y avait persévéré, la notoriété qu'il acquit dans la science juridique.

Dans un premier passage, il se sépare douloureusement de sa Muse :

« The wrangling courts, the stubborn law,  
« The smoke and crowds and cities draw,  
« No room for peace, no room for you —  
« Adieu — celestial Nymph, adieu !

Dans un 2<sup>e</sup> passage, il salue sa nouvelle profession :

« Then welcome business, welcome strife,  
« Welcome the cares, the thorns of life,  
« The visage wan, the pore—blind sight,  
« The tedious form, the solemn prate,  
« The pert dispute, the dull debate  
« The drowsy Bench, the babbling Hall  
« For thee — Fair justice — Welcome All. »

(2) Peu de temps avant sa mort, BLACKSTONE fit connaître ses notes sur Shakespeare à Malone, qui les inséra dans l'édition de cet auteur qu'il fit paraître en 1780, l'année de la mort de notre jurisconsulte, sous le titre : « *Supplement to the edition of Shakespeare's plays, published in 1778 by Samuel Johnson and George Steevens* ». Le soin

temps, en secret, des vers qu'il communiquait à quelques intimes. Ses amis admirèrent surtout une élégie qu'il composa, en 1751, sur la mort du Prince de Galles Frédéric, et qui parut dans l'« *Oxford Collection* » sous le nom de son beau-frère Clitherow (2). Il n'abandonna pas non plus les études scientifiques, s'attachant surtout aux mathématiques, qui l'intéressaient dans leur application à l'architecture. Son esprit imaginatif convertissait cette discipline sévère en un amusement, et il se délassait en cherchant des solutions aux difficultés techniques qui se dressent devant les praticiens. A l'âge de 20 ans, il avait achevé un Traité sur les « éléments de l'architecture » composé pour son usage, et qui ne fut jamais publié (3).

Mais ces travaux n'étaient plus pour lui qu'un passe-temps léger et agréable, l'étude du droit avait désormais toutes ses complaisances et, en novembre 1743, il se faisait admettre à l'« *All-Souls College* » d'Oxford aussi célèbre pour son enseignement juridique

---

apporté par BLACKSTONE, dans la rédaction de ses notes, avait frappé Malone qui les juge ainsi : « Ses notes sur Shakespeare le révèlent comme un homme d'excellent goût, d'esprit précis, et de critique sûre » (*Prior Life of Malone* p. 431). — Conformément au désir de leur auteur qui avait voulu conserver l'anonymat, ces notes sont marquées de la dernière lettre du nom de BLACKSTONE (-E').

Clitherow commit une erreur, quand il écrivit, dans sa biographie de BLACKSTONE (p. 6), que ce jurisconsulte remit ses annotations à Steevens, très peu de temps avant sa mort, et que Steevens les fit paraître dans sa dernière édition de Shakespeare. Cette édition, ayant été publiée en 1778, c'est-à-dire deux années avant la mort de BLACKSTONE, alors que celle de Malone parut en 1780, l'année même de cet événement, l'erreur est manifeste. La préface de Malone à cette dernière édition n'autorise aucun doute. (Voir à ce sujet Douglas *Life of Sir William BLACKSTONE*, p. 45, note 3).

(2) On peut lire aussi cette élégie, qui soutient la comparaison avec celle de Gray, parue la même année, dans l'ouvrage de Douglas. op. cit. 2<sup>e</sup> partie (catalogue of the works of BLACKSTONE) n° VIII; pp. 13 et suivantes.

(3) Welsby (*Life of Eminent English Judges*, p. 329) rapporte qu'un architecte réputé de son temps professait la plus grande admiration pour cet ouvrage. La partie proprement scientifique (divers modes de construction des bâtiments; terrains les plus convenables pour recevoir des fondations, etc...) lui semblait parfaite et digne d'un homme de la profession. Seuls, les chapitres relatifs à l'ornementation, pouvaient donner lieu à quelques critiques.

que le « Pembroke College » l'était pour la littérature (1). Au mois de novembre de l'année qui suivit, il était élu « fellow », et prononçait le discours accoutumé d'anniversaire, établi pour célébrer la mémoire du fondateur, l'archevêque Chichele et des autres bien-faiteurs de ce collège.

Le titre de « fellow » ayant augmenté ses revenus, il s'installa un cabinet au Temple et partagea son temps entre Londres et Oxford. A Oxford, il poursuivait ses études, et, le 12 juin 1745, il était reçu bachelier en droit (Bachelor of Civil Law); à Londres, il se préparait sérieusement à la profession d'avocat, à laquelle il se destinait, en suivant assidûment les audiences. Le 28 novembre 1746 (dernier jour du « Michaelmas-Term »), à l'expiration de son stage réglementaire de cinq années, il était inscrit au barreau (Call to the Bar). Avocat, ses débuts furent difficiles, il n'avait pas les qualités qui permettent à un jeune homme de briller à la barre, et de conquérir rapidement un renom d'orateur (2). Sa parole lente, embarrassée, contrastait avec la légèreté, l'élégance de son style. Sa nature sans énergie, une sorte de paresse physique lui faisaient préférer les travaux sédentaires à l'existence active, fatigante des hommes d'affaires. Enfin, sa timidité, sa réserve naturelle, qu'il ne put jamais secouer, s'accommodaient mal des exigences d'une profession qui, en ce temps déjà, vivait principalement de réclame et d'intrigues (3).

Ces premiers déboires ne ralentirent pas son zèle. Ses « Reports », publiés après sa mort, contiennent en effet des commentaires approfondis sur les décisions rendues par le « King's Bench » du « Michaelmas Term » 1746 (date de son inscription au barreau) au « Michaelmas Term » 1750. Il conserva donc, pendant quatre années,

---

(1) BLACKSTONE nous apprend lui-même que Lord Northington et le chief Justice Willes étaient alors « fellows » à ce collège.

(2) Mathieu Bodet (*Revue du droit français et étranger* A° 1845, p. 599) remarque que les grands jurisconsultes sont rarement des orateurs. Leurs qualités s'excluent généralement. A BLACKSTONE, il compare Dumoulin, qui, lui aussi, tenta vainement la carrière du barreau.

(3) Clitherow (Op. cit. p. 7) ajoute que BLACKSTONE, alors inconnu, manquait d'amis puissants pouvant l'aider à se faire une situation. Il remarque cependant plus loin (p. 8) qu'il se lia à cette époque avec les membres les plus remarquables de sa profession qui avaient su pressentir le génie naissant du jeune avocat sans causes. Cf. Douglas. Op. cit. p. 8 qui reproduit les observations de Clitherow.

l'espérance de se faire une situation à Londres comme avocat, et continua d'assister aux débats judiciaires, attentif aux plaidoiries, prenant des notes. Il s'obstinait vainement, ses dépenses excédaient ses gains, son ardeur se ralentit, il cessa de fréquenter le « Westminster Hall » et, à l'été 1753, après sept ans d'efforts, il se fixait définitivement à Oxford, où il reprenait sa vie paisible d'universitaire, si malheureusement interrompue, et pourtant si conforme à ses goûts.

Là, ses amis étaient fidèles : ses succès avaient été nombreux. En 1746, élu économe (bursar) de l'All-Souls-College, il avait trouvé l'occasion de déployer ses talents d'administrateur ; il avait réorganisé les archives, rétabli la comptabilité (1), reclassé la bibliothèque (2).

En mai 1749, en reconnaissance des services qu'il avait rendus comme économe, et aussi dans l'intérêt du collège, il avait été nommé régisseur (Steward) des domaines de l'All-Souls.

A la même époque, les soins de l'administration ne pouvant l'absorber entièrement, il avait accepté l'Office magistral de « Recorder » (greffier) du bourg de Wallingford (Berkshire) et, le 30 mai, son élection était ratifiée par le roi (3).

(1) « Il employa son esprit juridique à examiner tous les documents relatifs aux biens du collège et à en remanier les archives, laissant... au profit de ses successeurs, sous forme d'ouvrage manuscrit, un registre de travaux qu'il avait consacré aux comptes du collège » écrit Professor Burrows (*Worthies of all Souls*, p. 400). BLACKSTONE, en effet, ayant retrouvé, au cours de ses fonctions, une méthode de tenir les livres, qui était en usage dans les anciens collèges, écrivit un opuscule sur ce sujet, démontrant l'exactitude du procédé et dissipant les obscurités. Cet ouvrage, qui ne fut jamais imprimé, et qu'il avait intitulé « *Dissertation on the method of keeping the Bursar's accounts, in use among the older colleges* » a toujours été conservé depuis sous sa forme manuscrite, pour le plus grand profit de ses successeurs. Comp. Douglas. Op. cit. 2<sup>e</sup> partie, *catalogue of his works* (p. 8).

(2) Il fit installer la bibliothèque dans un nouveau bâtiment, achevé sur des plans remaniés par lui, avec les fonds donnés par le duc de Warthon et qu'il était parvenu à recouvrer sur des héritiers dans des conditions difficiles. (V. sur ce point Clitherow, op. cit. p. 8).

(3) Il succédait à son oncle Seymour Richmond Esq., démissionnaire. Ce furent les nombreuses relations qu'il s'était faites dans la région qui lui valurent cette distinction. Sa réputation de juriste n'était pas encore établie.

Reçu docteur (Doctor of civil law), le 26 mai 1750, il s'était révélé, la même année, par une brochure sur la parenté collatérale (1), qui provoqua une réforme heureuse, relative au mode de recrutement des étudiants de ce collège.

En 1751, il était « assessor in the vice-Chancellor's Court ».

Déjà il songeait à l'enseignement. En 1752, BLACKSTONE, désirant vivement la chaire de droit romain devenue vacante, son ami, le solicitor general Murray (qui devint plus tard Lord Mansfield) le recommanda chaudement au chancelier de l'Université, le Duc de Newcastle. Les opinions politiques de BLACKSTONE déplurent au chancelier : Dr Jenner lui fut préféré (2). Cependant, Murray con-

(1) Cet ouvrage, le premier qu'il fit imprimer, était intitulé « *An Essay on collateral consanguinity* ». Un incident l'avait inspiré qui passionnait alors les esprits à l'All Souls College. Le fondateur, l'archevêque Chichele, avait stipulé que les membres de sa famille seraient préférés à tous autres pour l'admission dans ce collège. Ce privilège étant réclamé de plus en plus fréquemment par des jeunes gens qui prétendaient avoir droit au bénéfice de cette clause, on s'en émut, car le collège prétendait au contraire choisir les candidats les plus méritants. BLACKSTONE prit les intérêts de sa compagnie. Il démontra que la parenté de l'archevêque était depuis longtemps éteinte : prêtre catholique, contraint au célibat, il ne pouvait avoir de descendance légitime; quant à sa famille collatérale, elle ne pouvait plus exister, le droit canonique et le droit civil ne la reconnaissant que jusqu'au septième degré, les siècles écoulés depuis la mort du fondateur l'avaient fait disparaître. Si ingénieux que fut ce raisonnement, il ne put convaincre l'archevêque Secker saisi du différend et William Wynne, qui avait publié un mémoire en réponse à BLACKSTONE, obtint gain de cause. Cependant, les efforts de BLACKSTONE ne furent pas entièrement infructueux : quelques années plus tard, l'archevêque de Canterbury Cornwallis, venu comme inspecteur (visitor) à l'All-Souls College, fit un nouveau règlement qui, tout en respectant la lettre des statuts, limitait la parenté du fondateur. L'archevêque Cornwallis, rendant hommage à la compétence de BLACKSTONE, se l'était adjoint pour ce travail avec Dr Hay, civiliste réputé. (V. Clitherow. p. 10. Douglas, p. 72 et 2<sup>e</sup> partie (catalogue) p. 8., n° 8.

(2) Welsby (*Life of eminent English Judges*, p. 334) raconte ainsi l'entretien de BLACKSTONE avec le chancelier qui détermina celui-ci à faire choix d'un autre professeur : « Le Solicitor general ayant chaudement recommandé BLACKSTONE, le Duc de Newcastle, par précaution, désira voir le candidat afin de se faire une opinion sur ses aptitudes à remplir cette fonction. BLACKSTONE se présenta. « Je présume

naissait la valeur de son protégé, il savait que depuis deux années (1) BLACKSTONE rêvait d'un enseignement sur les lois de l'Angleterre, tout à fait sacrifiées dans les Universités au profit du droit romain et du droit canonique. Il lui conseilla d'ouvrir à Oxford un cours libre sur ce sujet. BLACKSTONE céda aux instances de son ami, et, au Michaelmas Term 1753, il commençait les conférences qui devaient immortaliser son nom. Ce cours obtint, dès le début, un immense succès : les jeunes gens des meilleures familles s'y pressaient avec les hommes de loi, les plus hauts personnages du monde judiciaire et du monde universitaire s'y intéressaient. Sa carrière de professeur s'annonçait brillante, l'appui d'hommes influents lui était assuré.

L'année suivante, l'affluence des étudiants devint telle qu'il se décida à publier, en manière d'introduction à son cours, un résumé du droit anglais (2). Cette science embrouillée y était ramenée à quelques principes élémentaires, à la portée des débutants.

La réputation de BLACKSTONE était établie : ses connaissances profondes allaient le mêler aux controverses juridiques les plus retentissantes, le porter aux honneurs les plus élevés.

En 1754, il était consulté sur le droit de vote des « Copyholders » (titulaires de tenures enregistrées) dans les élections du Comté d'Oxford (Right to vote for the Knights of the Shire) et son opinion était, quelques années plus tard, sanctionnée par une loi (3).

dit le Duc, que dans le cas d'agitations politiques au sein de l'Université, le Gouvernement pourra compter sur tous vos efforts en sa faveur ». — « Votre grâce peut être assurée que je m'acquitterai de mon devoir en donnant des conférences juridiques au mieux de mes faibles capacités » — « Et aussi votre devoir dans l'autre domaine ? » s'informa le Duc. BLACKSTONE s'inclina. Quelques jours après D<sup>r</sup> Jenner était nommé à la chaire de droit romain. (Cf. *Law and Lawyers*, II. p. 67. — *Holliday Life of Mansfield*. I. p. 88).

(1) Depuis 1750, BLACKSTONE, résolu à quitter le barreau, s'était consacré à l'étude théorique des lois de l'Angleterre, dans le dessein de coordonner les principes de la Common-law qui gisaient épars et souvent incompris dans les volumineux Year-books, ou dans des commentaires confus et de lecture difficile.

(2) Cet ouvrage intitulé : « *An analysis of the laws of England* » parut en 1754, V. Douglas Op. cit. 2<sup>e</sup> partie, n° 10, p. 19.

(3) Sollicité par son ami, Sir Charles Mordaunt et par quelques autres membres du Parlement, BLACKSTONE publia, en Mars 1758, un traité sur le statut politique des tenanciers par Copyhold intitulé :

En juillet 1755, « Delegate of the Clarendon Press », il en découvrit la mauvaise gestion, dénonça de nombreux abus, entreprit des réformes, et, s'étant initié à la technique de l'imprimerie, publia une lettre ouverte au Dr Randolph — « Vice-Chancellor » — dans laquelle il demandait de nouveaux règlements. Dans l'année même, les améliorations souhaitées étaient obtenues (1).

En 1757, élu membre de la Commission, établie à Oxford, pour veiller au fonctionnement de la nouvelle fondation « Michel » au « Queen's College » (2) (elected by the Visitors of Michel's new Foundation in Queen's College into that body), il apaisa les discordes que cette donation avait allumées au sein de l'école et, sans se départir des intentions du disposant, fit employer les fonds au mieux des intérêts du collège (3).

L'année 1758 lui apporta sa plus haute distinction : le juriconsulte Viner, savant auteur d'un « *Abridgment of Law and Equity* » et grand admirateur des lois de l'Angleterre avait, outre ses droits d'auteur, légué une somme de l. st. 20.000 à l'Université d'Oxford, à charge de créer une chaire de « Common Law » (4). L'honneur de cet enseignement devait tout naturellement revenir à BLACKSTONE. Le 20 octobre, à l'unanimité des suffrages, il était élu « first Vinerian Professor ». Dans sa leçon d'introduction, le 25 octobre suivant, il démontrait la nécessité, pour les Anglais, de

« *Considerations on copyholders* ». Le bill, déposé au Parlement, et voté peu après, était inspiré des idées développées dans cet ouvrage. Cf. Douglas 2<sup>e</sup> partie, n° 12, p. 21. Clitherow, p. 12.

(1) Clitherow, p. 14, dit qu'on peut se faire une idée des réformes obtenues par BLACKSTONE par le seul aspect typographique du traité qu'il publia en novembre 1759 : « *The great Charter, and Charter of the Forest* ». BLACKSTONE, en effet, fit éditer tous ses ouvrages par cette imprimerie (Douglas, p. 43 note).

Clitherow ajoute (p. 11) que BLACKSTONE fit profiter l'« University Press » de ses efforts. Il rédigea même un opuscule à l'usage des « Delegates » de cette imprimerie, qui les guida utilement dans la voie des réformes à entreprendre.

(2) Il succédait au Dr Coxhead, « Warden of Winchester », décédé.

(3) Les nouveaux bâtiments qui bordent la High-Street furent achevés, de nouveaux « *scholarships* » et « *fellowships* » furent créés conformément aux statuts qu'il rédigea et qui furent approuvés par le Parlement en 1769.

(4) Viner était mort en 1756.

connaître leur droit national (1). Cette leçon, et celles qui suivirent, ayant fait beaucoup de bruit, on le pria d'entreprendre l'instruction juridique du Prince de Galles, (qui devint Georges III), mais BLACKSTONE, avare de son temps, pénétré de l'importance de ses fonctions à Oxford, et fidèle à ses opinions libérales, refusa (2).

Il refusa également, cette même année, l'offre séduisante que le Lord Chief Justice et le juge Bathurst lui faisaient de « Take the coif ».

Professeur, il désirait redevenir avocat : cette profession indépendante l'attirait toujours, et ses succès universitaires lui avaient rendu l'espoir d'y réussir. Depuis 1756, il y songeait, il retournait au Westminster Hall, chaque année, au Michaelmas Term, à l'Hilary Term, renouant ses amitiés d'autrefois, étendant ses relations. En juin 1759, il était résolu à s'établir à Londres et reprenait un cabinet au Temple; en même temps, il se démettait des fonctions d'« Assessor in the Vice Chancellor's court » qu'il avait exercées pendant six années et renonçait au « Stewardship » de l'All Souls College. Au Michaelmas Term suivant, il se fixait au Temple, faisant seulement à Oxford les courts séjours que lui imposaient les devoirs de sa chaire.

Sa réputation de juriste lui donna une situation importante d'avocat consultant, mais il plaida peu (3). Les « Reports » du temps ne

---

(1) A la demande du « Vice-Chancellor » de l'Université, BLACKSTONE publia cette leçon inaugurale. Elle figura plus tard en tête du premier volume de ses commentaires. Tous les biographes de BLACKSTONE en admirent la pensée et la composition. V. Clitherow, p. 12. Douglas, 2<sup>e</sup> partie, p. 21, Welsby, p. 335.

(2) Il envoya cependant le manuscrit de son cours au Prince qui l'en remercia par un présent, et qui s'intéressa plus tard à sa veuve et à ses enfants. Clitherow, p. 13.

(3) Le nom de BLACKSTONE apparaît seulement deux fois dans ses propres « Reports ». La première cause importante dont il fut chargé (Robinson v. Bland-Blackstone's Reports I, p. 234 et 256) fut plaidée devant le King's Bench au Trinity Term 1760. Cette affaire était relative à une dette de jeu, contractée en France, qu'on prétendait recouvrer dans ce pays. BLACKSTONE, qui se présentait pour le défendeur, perdit. — La deuxième affaire figure seulement dans les Reports de BLACKSTONE (Tonson. v. Collins. I, pp. 301 et 321). C'était un procès de propriété littéraire qui, plaidé une première fois par les avocats Wedderburn et Thurlow, devant le King's Bench au Trinity Term 1761 était revenu, pour la deuxième fois, devant cette juridiction au Michaelmas-

le signalent jamais aux côtés de Norton, Morton, Dunning, qui étaient alors les célébrités du barreau. La profession qu'il chérissait le déçut à nouveau. Auteur célèbre du premier cours officiel de droit anglais, il demeura un avocat presque inconnu (1).

Il continuait à s'intéresser aux questions qui agitaient le monde universitaire (2), et il poursuivait ses travaux d'érudition : en novembre 1759, il publiait une édition nouvelle de la Magna Carta et Carta de Foresta (*The great Charter and Charter of the Forest*), qui allait l'engager dans une longue controverse sur l'authenticité d'un manuscrit avec D<sup>r</sup> Lyttleton, Dean of Exeter (plus tard évêque de Carlisle) (3).

Term de la même année, avec BLACKSTONE pour le demandeur et Yates pour le défendeur. BLACKSTONE entraîna la conviction de ses juges, mais, en raison de son importance, l'affaire fut renvoyée devant l'Exchequer-Chamber.

(1) Cf. Welsby, p. 335.

(2) En 1759, il publiait deux opuscules, l'un relatif à la candidature de Lord Litchfield au « Chancelorship » de l'Université : « *Reflections on the opinions of Messrs Pratt Morton and Wilbraham relating to Lord Litchfield's disqualification* », l'autre traitant des statuts de l'Université : « *A case of the opinion of Counsel, on the right of the University to make new Statutes.* »

(3) Le Dean of Exeter, pour aider BLACKSTONE dans son travail, lui avait communiqué un parchemin, contenant la grande Charte et la Charte des Forêts de la neuvième année du règne de Henri III. BLACKSTONE n'en fit pas état, parce qu'il n'était pas revêtu du grand sceau. Le Dean ne pouvant souffrir que l'authenticité d'un manuscrit qu'il tenait de famille fut mis en doute, demanda à l'Antiquary Society de trancher le différend. Le 8 juin 1761, il déposait un mémoire, dans lequel il démontrait que les quelques fils qui subsistaient au bas du parchemin, l'avaient relié autrefois à un autre parchemin, sur lequel le sceau avait figuré. L'Antiquary Society semblait convaincue de la réalité de cette supposition, lorsque le 28 mai 1762 BLACKSTONE (qui était maintenant membre de cette société) démontrait, dans un mémoire en réponse, qu'il n'avait jamais été d'usage d'apposer le sceau royal sur un parchemin séparé : le manuscrit n'était qu'une copie, et les fils, qui subsistaient encore, le reliaient simplement à la suite des statuts. Cette démonstration parut décisive. L'incident fut clos. Cf. Clitherow. p. 14. Welsby, p. 336 et v. dans Douglas 2<sup>e</sup> partie n° 18, p. 47 la reproduction de ce mémoire.

BLACKSTONE rédigea plus tard une lettre à l'Hon. Daines Barrington, dans laquelle il donnait des descriptions détaillées des vieux sceaux (v. cette lettre reproduite dans Douglas 2<sup>e</sup> partie, n° 17, p. 23).

L'Antiquary Society, saisie du différend, se prononça en faveur de BLACKSTONE. Le 5 février 1761, il était élu membre de cette assemblée.

Vers la même époque, il publiait un traité sur la délation héréditaire des fiefs simples (« *law of descents in fee simple* »).

C'est dans cette même année, 1761, qu'il débuta dans la politique. Après avoir refusé la charge de « Chief Justice of the Courts of Common Pleas » en Irlande, il était envoyé au Parlement au mois de mars, comme représentant du bourg de Hindon (Wiltshire). Le 6 mai, nommé King's Counsel par lettres patentes, il bénéficiait du droit de préséance attaché à cette dignité.

BLACKSTONE songeait maintenant à fonder un foyer. Nature sensible, il avait besoin d'affection et celle de ses nombreux amis ne lui suffisait plus. Savant austère, il aspirait à se dégager des tracasseries de la vie quotidienne. Par ses lucratives fonctions, il était délivré des soucis du lendemain. Le 5 mai 1761, il épousait Sarah Clitherow, fille aînée de James Clitherow Esq. de Boston-House (Middlesex) avec laquelle il passa les dix-neuf dernières années de sa vie, les plus heureuses (1).

Ce mariage lui fit perdre son « fellowship » à l'All-Souls College, qui était réservé aux célibataires. Mais, le 28 juillet, le futur Earl of Westmoreland, alors « Chancellor » de l'Université d'Oxford, le nomma « Principal of New Inn Hall ». Cette fonction, outre la dignité dont elle l'investissait, et qui lui permettait de favoriser les réformes les plus désirables pour l'Université, lui procurait une résidence agréable à Oxford aux époques de son cours (2).

En 1763, il était élu « Solicitor General to the Queen » (3) et

---

(1) De ce mariage, naquirent neuf enfants. L'aîné et le dernier moururent en bas-âge. Les sept autres : Henry, James, William, Charles, Sarah, Mary et Philippa survécurent à BLACKSTONE, le plus âgé ayant à peine seize ans au moment de sa mort.

(2) La présence de BLACKSTONE à Oxford était si fort appréciée qu'une tentative fut faite pour l'obliger à exercer lui-même ses droits de « Vinerian Professor ». En vertu des « Vinerian Statutes », le titulaire de la chaire de droit anglais pouvait se nommer un remplaçant : « pour lire la leçon solennelle qui était d'usage à chaque rentrée des cours ». On prétendait retirer cette prérogative à BLACKSTONE. Celui-ci publia alors un exposé de la question, et tous ses droits lui furent maintenus par les membres de la « Convocation ». Clitherow p. 16.

(3) BLACKSTONE prit le titre de « Solicitor General to the Queen »

« Bencher of the Middle Temple ».

Ses fonctions, à Londres, étaient désormais trop nombreuses, trop absorbantes, pour qu'il put continuer à accomplir ses devoirs à Oxford avec sa régularité accoutumée. En 1766, malgré les regrets de ses amis et de ses élèves, il démissionnait : il abandonnait la direction du New-Inn Hall, et la chaire de droit anglais perdait son premier titulaire, resté le plus illustre (1).

Aux élections de 1768, il était de nouveau envoyé à la Chambre des Communes, comme mandataire du Bourg de Westbury (Wiltshire). Cette législature ne lui fut pas propice. BLACKSTONE, qui ne pouvait lutter à la tribune avec des orateurs comme Lord Chatham, North, Rockingham, Burke, était resté obscur pendant son premier séjour au Parlement. Lorsqu'il y revint, en 1768, il eut l'ambition malheureuse de se mêler à l'affaire Wilkes qui divisait alors le pays. Cette affaire avait provoqué à la Chambre des Communes un débat passionné sur la question de savoir : « si un membre du Parlement, expulsé pendant une législature, pouvait être réélu au cours de cette même législature ». BLACKSTONE, intéressé par ce problème constitutionnel, prit une part active dans les discussions. Ses profondes connaissances auraient dû lui donner une autorité

---

lorsqu'il publia la première édition de ses Commentaires. Cette publication, commencée en Nov. 1765 (date de l'apparition du premier volume), fut complète en 1768. BLACKSTONE s'était décidé à faire imprimer ses « *Commentaries on the Laws of England* » parce qu'il circulait, à cette époque, un certain nombre de reproductions inexactes de son cours. Une publication contrefaite était même en préparation en Irlande. BLACKSTONE conserva le titre de « Solicitor General » jusqu'à la cinquième édition de ses commentaires, bien qu'il n'exercât plus cette fonction depuis l'Easter-Term 1770. Cf. Clitherow, p. 17 Douglas, p. 26. Note.

(1) Lorsque BLACKSTONE avait été élu « Vinerian Professor », il avait formé le projet de passer à Oxford sa vie entière. S'inspirant des dernières volontés de Viner, qui avait légué tous ses biens à l'Université, à charge de créer des « Scholarships and fellowships in any College or Hall », il avait songé à se faire nommer Directeur d'un « Hall », qu'il aurait transformé en un collège pour les étudiants en Common Law. Il voulait créer à Oxford, pour le droit anglais, une institution semblable à celle qui fonctionnait à Cambridge pour le droit romain (le Trinity Hall), mais les membres de la « Convocation d'Oxford » s'y opposèrent, et BLACKSTONE quitta Oxford sans regrets.

refusée à tous autres, mais le talent oratoire lui manquait : ce fut un échec. Accusé de se mettre en contradiction avec les principes développés dans ses commentaires, il ne put répondre, sa parole s'embarrassa : il n'avait pas la présence d'esprit qui suggère les répliques décisives (1). Il se cantonna désormais dans les travaux législatifs proprement dits, comme la préparation des lois, qui étaient mieux en harmonie avec sa nature.

Instruit par cette fâcheuse expérience, se sentant incapable de dominer une assemblée et d'en diriger les débats, il refusa l'offre qui lui fut faite en janvier 1770 de succéder à Dunning au poste de « Solicitor General ». Mais, le 9 février de cette même année, il baisait la main du Roi en qualité de nouveau Juge à la Cour des « Plaids Communs » (2). Le 12 février, il était élevé à la dignité de « Serjeant at Law » (3). Il résignait en même temps la charge de « Recorder of Wallingford ».

---

(1) Le publiciste Wilkes, ayant fait paraître en 1764 un « *Essay on women* » agrémenté d'obscénités dans son journal satirique le « *North Briton* », les deux Chambres demandèrent son expulsion; Wilkes se réfugia en France. De retour en Angleterre, en 1768, il se faisait élire représentant d'un Bourg du Middlesex au Parlement. La Chambre des Communes, ayant refusé de l'admettre, il se fit réélire. C'est alors qu'on voulut l'exclure définitivement, en le déclarant inéligible. BLACKSTONE défendit à la Tribune la cause de l'inéligibilité. Grenville lui répliqua, en s'appuyant sur un passage des commentaires. BLACKSTONE, troublé, ne trouva rien à répondre. La réponse pourtant était facile : les commentaires contenaient, à titre d'exemples, une énumération des cas d'inéligibilité qui n'était pas limitative; si le cas d'expulsion n'y figurait pas effectivement, il y était implicitement contenu. BLACKSTONE ne resta pas sur cet échec. Sir William Meredith ayant publié, quelque temps après, une brochure contre BLACKSTONE, traitant de cette question, celui-ci confondit ses adversaires dans une réponse écrite sous forme de lettre et intitulée : « *A letter to the author of the question stated by another member of Parliament* ». V. Welsby p. 345, Douglas, 2<sup>e</sup> partie n° 23, p. 127.

(2) Mr Justice Yates, qui était à cette époque juge à la Cour du Banc du Roi, désirait la place qu'on offrait à BLACKSTONE à la Cour des Plaids Communs. BLACKSTONE consentit à permuter avec son ami et, le 16 février, il était nommé juge à la Cour du Banc du Roi. Mais, Yates étant mort le Jeudi de Pâques qui suivit, BLACKSTONE reprit, le lundi 25 juin 1770, la fonction qui lui avait été originairement destinée.

(3) BLACKSTONE prit alors pour devise : « *Secundis dubisque rectus.* »

BLACKSTONE avait réalisé tous ses espoirs : il avait obtenu tous les honneurs. Ses ambitions satisfaites, il pouvait mener désormais la vie paisible qu'il avait toujours aimée. Ses fonctions de magistrat le tenaient écarté des débats oratoires pour lesquels il n'était pas fait, et, bien qu'il remplît les devoirs de sa charge avec sa conscience habituelle, ses loisirs étaient nombreux. Les vacances judiciaires, qui s'étendaient sur de longs mois, lui permettaient de jouir avec bonheur des intimités chères de la vie de famille, et sa villa de Priory-Place à Wallingford (1) lui offrait chaque année un calme séjour d'été, interrompu seulement par la venue de quelques amis qu'attirait l'affection du maître.

Dans la retraite de ces dernières années, BLACKSTONE, pourtant, ne resta pas inactif.

Les questions sociales l'intéressaient, et certaines réformes du système pénitentiaire lui semblaient nécessaires. Désireux de substituer le régime cellulaire au système de la transportation qui était alors en vigueur, il parvint à faire voter une loi en 1779 (19<sup>e</sup> année du règne de Georges III) qui, sans édicter toutes les améliorations qu'il préconisait, ouvrait cependant la voie aux réformes des criminalistes futurs, et préparait le régime pénitentiaire moderne (2).

Il s'employa également à faire augmenter le traitement des magistrats, qui ne leur permettait plus de soutenir la dignité propre à leurs fonctions.

Ses initiatives s'étendaient même à des questions d'intérêt moins général, et il s'efforça d'accroître la prospérité de la ville de Wallingford qu'il aimait (3).

---

(1) BLACKSTONE avait acheté cette villa peu après son mariage. Il l'avait habitée à différentes reprises, depuis 1750, lors des sessions qu'il venait tenir à Wallingford en qualité de Recorder.

(2) BLACKSTONE s'était associé aux efforts du philanthrope Howard. Il estimait, avec lui, que le système de la transportation, tel qu'il fonctionnait, ne pouvait atteindre son but de réformation morale des « Convicts ».

(3) Pour favoriser le commerce du Malt qui constituait la richesse de la région, il détermina la création de deux nouvelles routes à péage qui traversaient la ville de Wallingford. L'une, traversant la Tamise à Shillingford reliait Oxford à Reading. L'autre ouvrait une communication entre Wallingford et Wantage à travers la Vallée du Berkshire

Une telle existence, toute de labeur obstiné, devait rapidement venir à bout d'une santé délicate. Les nuits studieuses, les habitudes sédentaires devaient briser les dernières énergies d'une constitution malade (1). A la Noël de l'année 1779, BLACKSTONE fut pris d'étouffements. Déjà l'on craignait pour sa vie; on lui conseillait le repos, les ménagements, mais, désireux de remplir ses fonctions jusqu'à la fin, il retourna à Londres pour l'Hilary Term. Là, une dernière attaque d'hydropisie l'emporta en quelques semaines et, le 14 février 1780, il mourait à 57 ans, dans la maison de Lincoln's Inn Fields (2). La cérémonie funèbre fut célébrée par son ami, le Dr Barrington, évêque de Landaff, dans la St-Peters Church dont il avait gratifié la ville de Wallingford. Selon son désir, il fut inhumé dans un caveau qu'il avait fait construire, dans cette église, pour sa famille (3).

Sa statue, par Bacon, s'élève à la Bibliothèque de l'All Souls College (4). Le portrait que Gainsborough a fait de lui figure à la National-Gallery.

Un nouveau monument, en son honneur, a été inauguré à Westminster en juillet 1924.

La biographie de BLACKSTONE la plus intéressante et la plus com-

(Voir dans Clitherow, p. 21, note, une statistique qui fait ressortir l'accroissement de ce commerce du Malt, consécutif à la création des deux routes).

Il fit aussi reconstruire à ses frais l'Eglise Saint Pierre de Wallingford.

(1) BLACKSTONE eut, au cours de sa vie, de fréquents accès de goutte. Il était également sujet à des étourdissements, à des défaillances. On prétend que pour stimuler son esprit, lassé par les excès de travail, il faisait un usage modéré de vin d'Oporto. (Welsby p. 331).

(2) Quelques semaines avant sa mort, BLACKSTONE avait été prié de rédiger les statuts d'un Collège, qui devait être fondé à Cambridge, avec les fonds légués par George Downing, baronet. Ce fut le dernier hommage rendu à ses talents d'Administrateur. La mort le surprit avant qu'il eût terminé sa tâche.

(3) Des sept enfants qui lui survécurent, l'un d'eux, James, suivit brillamment la voie de son père. Il fut successivement fellow of All Souls-College, Principal of New-Inn-Hall Vinerian Professor, Deputy, High Steward et Assessor in Vice-Chancellor's Court. Il mourut en 1831.

(4) Cette statue est dûe au legs fait par Dr Buckler, fellow of All-Souls-College et ami de BLACKSTONE.

plète est composée par son beau-frère Clitherow. Bien que trop uniformément élogieuse, elle est la plus utile à consulter. Tous les auteurs qui ont ultérieurement écrit sur BLACKSTONE y ont puisé leurs renseignements (1).

(1) Cette biographie est placée en tête des « *Reports* » de BLACKSTONE qui furent publiés en 1781 par les soins de Clitherow.

L'ouvrage de Douglas, qui parut en 1782 sous le titre de « *Biographical History of Sir William Blackstone by a Gentleman of Lincoln's Inn* », contient une partie bibliographique assez complète. Mais la première partie, consacrée à l'étude de la vie et du caractère de BLACKSTONE, est fort décousue et ne contient pas d'aperçus nouveaux.

On trouve des indications utiles dans : W. N. Welsby : *Life of Eminent English Judges* (1846, pp. 327 et suiv.) — Dans le *Blundschli Und Brater Staats-Wörterbuch* V° BLACKSTONE (cet article a été rédigé par Marquardsen) — Dans Burrow : *Worthies of All Sauls* et enfin dans le *Dictionary of National Biography* V° BLACKSTONE qui contient une étude très sérieuse de la vie et des ouvrages de BLACKSTONE par Sir Leslie Stephen.

## II

### Bibliographie des ouvrages de BLACKSTONE

1° An Essay on collateral Consanguinity, its limits, extent and duration, more particularly as it is regarded by the Statutes of All Souls College in the University of Oxford. — by William BLACKSTONE Esq. D. C. L. Barrister at Law.

Publié en 1750 par la Clarendon Press sous forme de brochure.  
Réimprimé dans les Law-Tracts.

2° Analysis of the Laws of England. — Clarendon Press. 1754.  
Cet ouvrage eut six éditions. La 6<sup>e</sup> édition parut en 1771.

Les éditions 3, 4 et 5 contiennent le « Discourse on the Study on the Law ».

3° Letter to Dr Randolph, Vice-Chancellor of Oxford, relative to the Management of the Clarendon Press. at the University. — Clarendon Press. 1757.

4° Considération on the question : « Whether Tenants by Copy of Court-Roll according to the Custom of the Manor though not at the will of the Lord, are Freeholders qualified to vote in Elections for knights of the Shire ? » — Clarendon Press. 1758.

Réimprimé dans les Law-Tracts.

5° Discourse on the Study on the Law. — Clarendon Press. 1758.

Cette leçon d'introduction à son cours a, plus tard, été placée en tête du premier volume des « Commentaires ».

6° The great Charter and Charter of the Forest, with other authentic instruments, to which is prefixed an introductory discourse containing the history of the Charter. — Clarendon Press. 1759.

Réimprimé dans les Law-Tracts.

7° A Treatise on the Law of descents in fee simple. — Clarendon Press. 1759.

8° Reflections on the opinion of Messrs Pratt, Morton, and Wilbraham relating to Lord Litchfield's Disqualification. — Clarendon Press. 1759.

9° A case for the opinion of Counsel on the right of the University to make new statutes. — Clarendon Press. 1759.

10° Tracts, chiefly relating to the antiquities and laws of England. — 2 vol. in-8. 1762.

Contient les traités antérieurement publiés sur la « Collateral Consanguinity », sur les « Copy-holders », sur les « Laws of descent » et le « Great Charter ».

La 3<sup>e</sup> édition, publiée en 1771, en un volume in-4, contient les mêmes traités, sauf celui sur les « Laws of descent », qui est remplacé par l'« Analysis of the Laws of England », et la « lettre au D<sup>r</sup> Randolph ».

Cet ouvrage a été traduit en allemand en 1779.

11° Commentaries on the Laws of England. — by William Blackstone. Esq. — Solicitor General to Her Majesty.

|                         |           |                                                                    |
|-------------------------|-----------|--------------------------------------------------------------------|
| 1 <sup>re</sup> Edition | 1765-1768 | 4 vol. in-4°                                                       |
| 2° —                    | 1768      | } Ces 2 éditions ne comprenaient pas<br>les 2 premiers vol. in-4°. |
| 3° —                    | 1768      |                                                                    |
| 4° —                    | 1770      | 4 vol. in-4°                                                       |
| 5° —                    | 1773      | 4 vol. in-4°                                                       |
| 6° —                    | 1774      | 4 vol. in-4°                                                       |
| 7° —                    | 1775      | 4 vol. in-8°                                                       |
| 8° —                    | 1778      | 4 vol. in-8°                                                       |
| 9° —                    | 1783      | 4 vol. in-8°                                                       |
|                         |           | (publiée par Burn).                                                |
| 10° —                   | 1787      | 4 vol. in-8°                                                       |
|                         |           | (publiée par Burn & Williams).                                     |
| 11° —                   | 1791      | 4 vol. in-8°                                                       |
|                         |           | (publiée par Burn & Williams).                                     |
| 12° —                   | 1793-1995 | 4 vol. in-8°                                                       |
|                         |           | (publiée par Christian).                                           |
| 13° —                   | 1800      | 4 vol. in-8°                                                       |
|                         |           | (publiée par Christian).                                           |
| 14° —                   | 1803      | 4 vol. in-8°                                                       |
|                         |           | (publiée par Christian).                                           |
| 15° —                   | 1809      | 4 vol. in-8°                                                       |
|                         |           | (publiée par Christian).                                           |

En 1811 et en 1822, deux éditions non dénombrées, la 1<sup>re</sup> publiée par Archbold, la 2<sup>e</sup> par J. Williams.

|                                                 |         |                                                                     |
|-------------------------------------------------|---------|---------------------------------------------------------------------|
| 16 <sup>e</sup> Edition                         | 1828    | 4 vol. in-8°<br>(publiée par Coleridge).                            |
| Nouvelle Edition Chitty en 1826, non dénombrée. |         |                                                                     |
| 17 <sup>e</sup> Edition                         | 1830    | 4 vol. in-8°<br>(publiée par Price).                                |
| 18 <sup>e</sup> —                               | 1829    | 4 vol. in-8°<br>(publiée par Lee, Hovenden et Ryland).              |
| 19 <sup>e</sup> —                               | 1836    | 4 vol. in-8°<br>(publiée par Hovenden et Ryland).                   |
| 20 <sup>e</sup> —                               | 1837-41 | 4 vol. in-8°<br>(publiée par Stewart).                              |
| 21 <sup>e</sup> —                               | 1844    | 4 vol. in-8°<br>(publiée par Hargrave, Sweet,<br>Conch, et Welsby). |
| 22 <sup>e</sup> —                               | 1844-49 | 4 vol. in-8°<br>(publiée par Stewart).                              |
| 23 <sup>e</sup> —                               | 1854    | 4 vol. in-8°<br>(publiée par Stewart).                              |

Les Commentaires de BLACKSTONE, revus par Stephen, ont eu neuf éditions de 1848 à 1883.

D'autres adaptations ont été faites :

1<sup>o</sup> par Kerr : 4 éditions de 1857 à 1876.

2<sup>o</sup> par Broom et Hadly. 1869.

Parmi les abrégés des Commentaires de BLACKSTONE, les plus connus sont ceux de Curry (1796 et 1809), de Giffard (1821), de Bayly (1840) et de Warren (1855-1856).

Les éditions *américaines* des Commentaires de BLACKSTONE sont presque aussi nombreuses que les éditions anglaises.

La première édition américaine des Commentaires fut publiée par Robert Bell à Philadelphie en 1771 (six années après leur apparition en Angleterre).

Parmi les suivantes, les meilleures sont celles de Sharswood (Pennsylvania) 2 vol. 1878 et de Cooley (Michigan) 2 vol. 1884.

Les autres furent publiées par Worcester (Massachusetts) Ducker (Virginie), Wendell (New-York) Lewis et Brown (Pennsylvania) et Hammond (Iowa).

*Traduction des Commentaires.* — 1° *En français* : à partir de la 4<sup>e</sup> édition les commentaires de BLACKSTONE ont été traduits par de Gomicourt (D. G.). — Cette traduction est défectueuse.

A partir de la 15<sup>e</sup> édition, ils furent traduits par Chompré (6 volumes 1822).

L'abbé Coyer a donné une traduction libre du 4<sup>e</sup> vol. des Commentaires sous le titre : « Commentaires sur le droit criminel ».

2° *En allemand* : Von Colditz a traduit en 2 vol. (1822-1823) l'abrégé des Commentaires publié par Giffard.

12° An answer to Dr Priestley Animadversions on some Positions in the « Commentaries », relative to offences against the Doctrine of the established Church.

by the Author of the Commentaries. 1769.

Réimprimé dans un volume intitulé : « An interesting appendix to Sir William Blackstone's Commentaries ». Philadelphie. 1773.

13° A letter to the Author of the question stated, by another Member of Parliament. — The Wilkes case) 1769.

14° Reports of cases determined in the several courts of Westminster-Hall, from 1746 to 1779 : with a Preface containing Memoirs of the life of the honourable Sir William BLACKSTONE, knight, late one of the Justices of his Majesty's Court of Commons Pleas. — 2 vol. in-folio. 1781.

Nouvelle édition avec des notes, par Elsley. — 2 vol. in-8°. 1828.

15° A memoir, in discussion of the Merits of Dr Lyttleton, late Dean of Exeter, now Bishop of Carlisle, his curious ancient roll, containing both great Charter and that of the Forest of 9 Hen. III in order to prove the said Roll, to be only a copy in answer to the said Bishop's memoir, to prove the same an original.

Read before Society of antiquaries. 1762.

16° A letter from Sir William BLACKSTONE, knight, to the honourable Daines Barrington, describing an antique seal, with some observation on its original, and the two successive original, and the two successive controversies with the disuse of it, afterwards occasioned.

Read before Society of antiquaries. 1775.

17° Account of the quarrel between Pope and Addison.

---

# POTHIER

## I

### BIOGRAPHIE

Le 16 janvier 1697, dans l'Eglise Saint-Parterne, à Orléans, Robert POTHIER, conseiller au Présidial (1), épousait Marie-Madeleine Jacquet.

Deux années après, le 6 janvier 1699, Robert-Joseph POTHIER, l'illustre jurisconsulte, naissait de cette union, dans une maison qu'il devait habiter toute sa vie, et qui était située Cloître Sainte-Croix, rue de l'Ecrivinerie, aujourd'hui rue Pothier.

Il existe peu de documents sur l'enfance de Pothier, nous savons seulement qu'il était d'une santé délicate, et qu'il n'atteignit un âge avancé que grâce à la régularité d'une existence sobre et studieuse. La mort de son père, survenue le 23 février 1707, alors qu'il avait huit ans, fut le premier événement d'une vie qui devait en compter très peu (2). Elle venait éprouver cruellement la bonté et la sensibilité qui s'étaient révélées chez lui de bonne heure et qui allaient

---

(1) Robert POTHIER était fils de Florent Pothier, conseiller au même siège, et petit-fils de Florent Pothier, élu maire de la ville d'Orléans en 1603.

(2) V. dans Frémont : *Recherches sur Pothier*, p. 11, l'acte de décès du père de notre Jurisconsulte. C'est donc par erreur que d'autres biographes de POTHIER ont dit que celui-ci avait perdu son père à l'âge de cinq ans (Le Trosne *Eloge de Pothier*, p. 28 — Dupin aîné : *Dissertation sur Pothier*, p. 5).

plus tard s'ériger en vertu. Privé, au seuil de la vie, de guide et de soutien, POTHIER conservait encore sa mère et un oncle qui était Chanoine.

Il fit ses études au Collège des Jésuites d'Orléans (1). Ces collèges recevaient à cette époque la majeure partie des jeunes gens qui se destinaient aux professions libérales, et beaucoup jouissaient d'une grande réputation (2). POTHIER ne tarda pas à s'y faire remarquer, tant par sa soumission à l'égard de ses maîtres et par sa bienveillance à l'endroit de ses camarades, que par son zèle au travail et sa grande facilité. Doué d'une mémoire heureuse, il acquit rapidement une connaissance approfondie du latin, et le goût pour les lettres anciennes qu'il conserva, sans avoir cependant le loisir de le cultiver. Horace, Juvénal étaient, prétend-t-on, ses auteurs favoris, et il se plaisait à en citer des passages à propos. Comme la plupart des hommes instruits de son temps, il apprit l'italien; il aimait à le parler et, plus tard, dans les promenades qui étaient son unique divertissement, il se faisait accompagner d'un ami, également versé dans la connaissance de l'italien, et ils agitaient dans cette langue des questions sérieuses, habituellement empruntées à leurs études. Mais POTHIER avait aussi du goût et des dispositions pour d'autres disciplines que pour les lettres : la science mathématique, la géométrie l'attiraient.

Sorti des humanités, il s'appliqua avec passion à la philosophie

---

(1) Les Jésuites, ayant emporté les registres de leurs écoles lors de leur expulsion du Royaume de France, il est impossible de connaître la date exacte de l'entrée de POTHIER dans leur Collège. On croit qu'il y était déjà lors de la mort de son père.

(2) Les auteurs, qui ont écrit sur POTHIER, discutent la question de savoir si les études du Collège des Jésuites étaient fortes. Le Trosne déclare qu'elles étaient très faibles. Le Président de la Place de Montevray, qui vécut un peu plus tard, affirme au contraire qu'elles étaient sérieuses. Dupin aîné cite ces auteurs sans se prononcer : Frémont se rallie à l'opinion de la Place de Montevray qui lui semble plus impartiale, le témoignage de Le Trosne lui paraît suspect, parce qu'il vivait au moment où les Jésuites étaient expulsés de France, et qu'il avait concouru à cette expulsion en sa qualité d'avocat du Roi près le Présidial d'Orléans. D'ailleurs, pourquoi leur Collège eût-il été si faible à Orléans, dans cette ville alors réputée pour ses écoles et son Université ?

et particulièrement à la métaphysique, témoignant ainsi ses dispositions pour les spéculations intellectuelles auxquelles il allait consacrer son existence entière.

Quand il termina ses études, aux vacances de l'année 1715, il avait seize ans. Il se dirigea immédiatement vers les sciences juridiques et prit sa première inscription de droit le 12 novembre 1715. Mais, il ne trouva pas, à l'Université d'Orléans, l'enseignement dont il était digne. Malgré leur réputation, les études de droit y étaient assez faibles au début du 18<sup>e</sup> siècle. Après avoir brillé d'un vif éclat au moment de la Renaissance, après avoir attiré un grand nombre d'écoliers de diverses nations (1), la Faculté de Droit n'avait plus à la fin du 17<sup>e</sup> siècle, la même autorité.

Le Trosne, contemporain de POTHIER, nous apprend que ce n'était pas à proprement parler la science du droit que les professeurs y enseignaient (2) : « Au lieu d'expliquer les textes d'une manière propre à instruire, ils ne remplissaient leurs leçons que de questions subtiles, inventées et multipliées par les controversistes » (3). La science juridique, ainsi dénaturée, ne pouvait que rebuter les débutants, mais POTHIER, poussé par sa vocation, comprit les défauts d'un enseignement si défectueux et suppléa par son travail aux conseils qui lui faisaient défaut. Il étudia sérieusement les « Institutes », en s'aidant des Commentaires de Vinnius, et se prépara ainsi à l'étude approfondie des Pandectes. Il ne tarda pas, du reste, à attirer l'attention de ses maîtres, si on en juge par les attestations qu'ils lui donnèrent (4).

Le 9 janvier 1717, POTHIER demande à passer l'examen de bachelier en droit, le 13 janvier il se soumet aux épreuves (5), et le 5 août suivant, il passe sa thèse de baccalauréat in utroque jure.

(1) Il existe à la Bibliothèque publique d'Orléans un registre où nous trouvons le nom d'un grand nombre d'écoliers étrangers, et particulièrement d'Allemands, qui, attirés par la réputation de l'Université d'Orléans, y vinrent au 15<sup>e</sup> et au début du 16<sup>e</sup> siècle pour étudier en droit.

(2) Goulou-Duplessis et le Président de la Motte (*Biographie Universelle*, T. XXV) font l'éloge de l'Université d'Orléans, mais leur pensée se reporte au 15<sup>e</sup> siècle.

(3) Le Trosne, *Eloge de Pothier*, p. 29. Cf. Frémont, *Recherches sur Pothier*, p. 28 et 29.

(4) V. dans Frémont Op. cit. p. 23 ces attestations qui y sont reproduites in extenso.

(5) Les examinateurs sont : le Recteur Berroyer, Dr Régent; Gorraut

Le 8 août 1718, il est reçu aux examens de licence (1) et le 22 août de la même année, il soutient sa thèse publique, pour la licence in utroque jure.

Il prête ensuite le serment d'avocat (2). Mais il hésite encore sur le choix d'un état. Elevé par sa mère dans des sentiments de grande piété, soumis pendant toute son enfance à l'influence des Jésuites, doué d'une nature calme et d'un esprit méditatif, il devait se tourner assez naturellement vers la religion. Il fut tenté d'entrer dans les Ordres et de faire partie de la Congrégation des Chanoines réguliers. La vive affection qu'il avait pour sa mère le détourna de ce projet, qu'il paraît avoir regretté plus tard, tant était grande sa modestie.

Il se détermina pour la magistrature, dont les fonctions étaient héréditaires dans sa famille. Il fut nommé conseiller au Présidial d'Orléans (3), le 31 mai 1720, il avait un peu plus de 21 ans. Dès lors, il se consacra tout entier à la jurisprudence, se délassant seulement, pendant les dix ou douze premières années de sa fonction par l'étude de la théologie qu'il travaillait dans les auteurs mêmes, dans Saint-Augustin, Saint-Crysostome, et particulièrement dans

et Pajou, docteurs agrégés.

Matières tirées au sort :

Matières civiles : Instit. de legatis.

Matières canoniques : de electioni et electi potestate; Frémont Op. cit. p. 25.

(1) Les examinateurs sont : le Recteur Legrand, antecessor, Barbot et Proust de Chambourg, docteurs agrégés.

Matières civiles : Instit. quibus alineare licet, vel non.

Matières canoniques : de Simonia. Frémont Op. cit. p. 26.

(2) Auparavant, il avait dû satisfaire à un examen de droit français devant deux docteurs régents et deux docteurs agrégés, présidés par le Professeur de droit français.

(3) Les Présidiaux correspondaient à nos Tribunaux de 1<sup>re</sup> instance. Ils avaient une juridiction civile et une juridiction criminelle. Ils furent créés en janvier 1551 par un édit de Henri II, pour décharger les Cours souveraines, et rendre plus rapide l'administration de la Justice. Il y avait un présidial dans les principaux bailliages et sénéchaussées du royaume de France. Ils se composaient de 9 magistrats au moins. La compétence civile de ces Présidiaux fut modifiée en Nov. 1774 après la mort de POTHIER.

les ouvrages des hommes de Port-Royal; il aimait Pascal, mais il lui préférait Nicole, et l'on sait, d'ailleurs, combien cet auteur était goûté au 17<sup>e</sup> siècle (1).

Jamais, cependant, ses études théologiques, par lesquelles il cherchait à entretenir sa foi, n'empiétèrent sur les devoirs de sa profession. Pour se mettre en état de trancher les procès soumis à sa compétence, pour départager les plaideurs avec équité et certitude, il se livra avec passion à l'étude du droit. Il commença par approfondir avec soin les principales matières de la science juridique, et composa, pour chacune, un petit traité, persuadé que la meilleure manière d'apprendre, de fixer et d'ordonner ses idées, consiste à les rédiger. Et, afin d'éviter une formation purement théorique et livresque, pour se rompre à la pratique et se mêler au mouvement des affaires, il allait souvent passer ses journées chez un avocat très employé : M<sup>e</sup> Perche, réputé pour la distinction de son esprit et pour la dignité avec laquelle il exerçait sa profession.

Ainsi préparé pour remplir ses fonctions de magistrat, il ne tarda pas à être remarqué de ses collègues, et, quoiqu'il fût très jeune, on lui confia de nombreux rapports qu'il rédigeait toujours avec une science et une clarté parfaites. On prétend même qu'il fut le premier à Orléans à user du droit dont jouissaient les Rapporteurs, avant 25 ans, d'opiner dans les affaires dont ils faisaient le rapport.

Cependant, de 1720 jusqu'en 1754, POTHIER siégea silencieusement, et ne présida presque jamais l'audience. Il était d'ailleurs aussi bon Juge au criminel qu'au civil : bien que son existence retirée ne lui eût pas appris à connaître les hommes, il menait toujours à bien les instructions dont il était chargé : son esprit juste et pénétrant lui inspirait d'habiles questions, il détruisait ainsi facilement les artifices de défense des criminels. On évitait seulement de lui distribuer les procédures dans lesquelles on prévoyait que la question dût être posée, car il témoigna toujours une aversion profonde pour ce mode d'information, qui lui semblait barbare et inutile (2).

---

(1) Cf. lettre de Mme de Sévigné, à Mme de Grignan. Aux Rochers. Dimanche 6 nov. 1689. in fine : « Il est tout divin ».

(2) POTHIER ne s'éleva jamais publiquement et ouvertement contre la question; néanmoins, une note qu'il a placée au Digeste sous la loi 1

Devenu doyen au Présidial, il présida en cette qualité, pour la première fois, en Septembre 1754. Pendant les trente-quatre années qu'il avait passées sur le siège, comme simple Juge, il avait été un magistrat irréprochable. Durant les premières années de sa fonction, il avait écouté les avocats avec une grande attention; plus tard, il supporta plus difficilement les lieux communs et les erreurs qui abondaient dans les plaidoiries; mais, quoiqu'il ne pût jamais se soumettre à l'obligation d'écouter pendant des audiences entières, il s'efforçait de réprimer ses mouvements d'impatience et de conserver sa douceur accoutumée. Devenu Président, son caractère s'aigrit et il ne pût s'empêcher de faire aux avocats, plaidant à sa barre, des observations qui étonnaient de la part d'un homme si bienveillant (1). Les représentations de ses amis ne surent jamais lui inspirer plus de calme. Il présida, pour la première fois, le 19 février 1772, quinze jours avant sa mort (2).

POTHIER ne fut pas seulement magistrat, il fut aussi professeur. Les nombreux traités qu'il écrivit dans les premiers temps de sa fonction de magistrat, attirèrent de bonne heure sur lui l'attention des savants. Mais, c'est surtout son immense ouvrage sur les « Pandectes » qui le fit connaître de tous les jurisconsultes, et, en particulier, du Chancelier d'Aguesseau qui s'intéressa désormais à lui. POTHIER avait la passion de l'enseignement et il avait toujours dé-

---

§ 23, du titre « de quaestionibus » indique bien quelle était sa pensée à cet égard. Ulpien, disant dans cette loi qu'il ne faut pas toujours ajouter foi aux déclarations arrachées par la torture, POTHIER appuie la réflexion du jurisconsulte par une anecdote tirée des Annales de Tacite : Un certain Antonius Natalis, sur le point d'être soumis à la torture, éprouva une telle crainte des souffrances qu'il allait endurer, qu'il rejeta le crime sur Annæus Seneca qui était cependant innocent. Frémont. Op. cit. p. 60.

(1) On cite ces deux anecdotes qui montrent combien POTHIER devenait irritable lorsqu'il présidait les débats : une fois, l'avocat du défendeur ayant pris ses conclusions, il lui dit, après la plaidoirie de son adversaire : « Maître, voilà ce qu'on vous oppose, c'est à ce moyen seul qu'il faut répondre ». Une autre fois, entendant un avocat qui avait été son élève et qui s'écartait de sa doctrine, il lui fit remarquer que ce n'était pas là ce qu'il lui avait enseigné. Le Trosne Op. cit, p. 49. Cf. Frémont Op. cit. p. 61.

(2) On a découvert 41 sentences signées par POTHIER, Président au Présidial. Elles ont trait à des affaires sans intérêt. Frémont, p. 62.

siré la chaire de droit romain à Orléans, mais il redoutait le concours qui devait lui en ouvrir l'accès. D'Aguesseau, il est vrai, l'avait prié d'entrer à l'Université de Paris, mais il refusa, pour ne pas quitter sa ville natale. C'est à Orléans qu'il voulait être professeur. La mort de son ami Prévost de la Janès, professeur de droit civil à Orléans, survenue au mois d'octobre 1749, allait lui permettre de réaliser le rêve de sa vie. La chaire de droit français, laissée à la nomination du Roi, n'était pas soumise au concours. Cependant, POTHIER, qui se trouvait à ce moment dans sa terre de la Bigaudière, ne fit aucune démarche pour l'obtenir quoiqu'il la désirât vivement, à défaut de celle de droit romain. La place était chaudement disputée, cependant, d'Aguesseau réussit à faire nommer notre jurisconsulte. Le 20 janvier 1750, le Roi signa les lettres patentes qui le nommaient professeur, et, le 7 février, il fut installé dans sa nouvelle fonction à la satisfaction générale (1).

Le passage de POTHIER au Présidial et à l'Université contribua à rehausser le prestige de la magistrature, et l'éclat de l'enseignement à la Faculté d'Orléans. Tous deux étaient fort tombés au début du 18<sup>e</sup> siècle : les mœurs dissolues du siècle des philosophes, l'esprit de lucre qui se répandait dans tous les milieux sociaux, la soif des honneurs, le besoin de vivre dans l'opulence s'accordaient mal avec la dignité des fonctions de magistrat (2). L'insuffisance des professeurs de droit détournait les jeunes gens de la science juridique et leur faisait préférer l'étude plus séduisante de la littérature. POTHIER chercha, par tous les moyens, à ranimer le goût du droit et l'attrait de la magistrature. Alors qu'il n'était encore que

---

(1) Au sujet de la nomination de POTHIER à la chaire de droit français, on raconte ce trait de générosité : Un professeur agrégé, Guyot, sollicitait cette place; POTHIER, lui ayant été préféré, fut affligé d'avoir été la cause de cette déception. Il n'avait désiré être professeur que pour le plaisir d'enseigner, il offrit à Guyot la moitié de son traitement. Guyot refusa et obtint une chaire au concours peu d'années après. Frémont, p. 134.

(2) Un conseiller au Présidial n'avait alors qu'un traitement modeste et il ne pouvait aspirer aux titres nobiliaires qui n'appartenaient de plein droit qu'aux conseillers des Parlements. Le recrutement de la magistrature de 2<sup>e</sup> ordre devenait très difficile. On alla jusqu'à demander au Roi, vers 1761, un titre de noblesse à défaut de rémunération suffisante. Frémont p. 45.

conseiller au Présidial, il avait organisé avec Prévost de la Janès, qui était son collègue au Présidial, une conférence dans laquelle il attirait la jeunesse (1). Il s'efforçait de façonner l'esprit des étudiants et d'étendre leur culture par la discussion de questions juridiques, et parvint ainsi à former des magistrats instruits et distingués.

Lorsque POTHIER devint professeur, l'Université n'était déjà plus ce qu'elle avait été lorsqu'il y étudiait. Prévost de la Janès, auquel il succédait, avait donné à la Faculté de droit un lustre nouveau par l'intelligence et la clarté de son enseignement, mais POTHIER voulut faire davantage, il chercha à réchauffer, par l'émulation, le zèle de ses élèves. Il institua des concours qui se disputaient à la fin de chaque année scolaire devant un public composé de docteurs, de hauts personnages de la province et quelquefois des principaux magistrats du Royaume (2). Des médailles étaient décernées à ceux qui s'étaient le plus distingué (3). Passionné par son rôle de professeur, se dévouant tout entier aux jeunes gens qu'il devait former, POTHIER négligea toutes les obligations secondaires auxquelles sa profession aurait dû, cependant, l'assujettir : c'est ainsi qu'il ne participait jamais aux réunions des docteurs agrégés, dans lesquelles on discutait les détails d'administration de la Faculté. Désigné aux suffrages de ses collègues pour être élevé à la fonction de Recteur, il se déroba toujours à l'honneur qu'on lui voulait faire (4). Il ne désirait qu'enseigner, et il n'avait pas le loisir de remplir un autre rôle à l'Université. Il eut pour successeur Denis-Robert de Massy qui fut nommé par lettres patentes du Roi le 14 mars 1772.

---

(1) Cette conférence, qui avait lieu le Mercredi de chaque semaine, se réunit d'abord chez Prévost de la Janès et, plus tard, chez POTHIER.

(2) Le premier concours eût lieu en juillet 1751. On prétend que Lamoignon de Malesherbes assista à l'un d'eux, alors qu'il était Président à la Cour des Aides. Frémont, p. 137.

(3) Ces médailles étaient frappées aux frais de POTHIER qui y consacrait une partie de son traitement de professeur.

(4) Le 6 avril 1759, POTHIER fut nommé Recteur de l'Université à l'unanimité des suffrages. Présent, par extraordinaire, à la délibération, il supplia ses collègues de l'exempter de cette fonction qu'il n'avait pas le temps de remplir. On se rendit à sa prière et Breton de Montrai fut nommé à sa place. POTHIER ne fut jamais Recteur.

POTHIER, universellement connu comme magistrat et comme professeur, exerça également d'autres fonctions qui l'absorbèrent beaucoup moins.

Tout d'abord, il succéda à son père comme archer-huissier de la Lieutenance criminelle de robe courte du duché d'Orléans (1). Mais il n'en exerça jamais les fonctions, qui étaient incompatibles avec celles de magistrat au Présidial.

Le 29 mars 1743, il fut élu commissaire de la Chambre du terrier du duché d'Orléans et de Beaugency (2). Les agents du fisc n'eurent pas à se louer de cette nomination. Du jour de son entrée en fonction, le 28 février 1747, il fit preuve d'une extrême équité dans le règlement des litiges qui lui étaient soumis, et, dans les cas douteux, il n'hésitait pas à se prononcer en faveur des contribuables contre les prétentions fiscales (3). Mais les doléances des agents préposés à la perception des droits domaniaux n'eurent pas d'écho auprès du Duc d'Orléans, qui maintint POTHIER en fonction pendant toute sa vie.

Le 14 mars 1746, il fut élu par ses concitoyens échevin de la ville d'Orléans pour trois ans, et le Duc d'Orléans confirma cette élection le 26 mars de la même année. La plupart des biographes de POTHIER estiment que cette nomination n'était pas justifiée par le caractère et la compétence de notre jurisconsulte. Ils prétendent que POTHIER, qui n'entendait rien à l'administration de sa propre fortune, ne pouvait être d'aucun secours dans les conseils de la

---

(1) Le père de POTHIER avait acquis cet office de Michelle Johannet, veuve de Jean Brizeteau. La fonction d'archer-huissier consistait à exécuter les sentences, commissions, décrets, ordonnances de la juridiction criminelle. Frémont p. 100.

(2) La Chambre du terrier avait été créée à Orléans, en 1743, pour établir le terrier du Duché d'Orléans et de Beaugency. Elle connaissait aussi des différends relatifs aux droits féodaux qui pouvaient surgir à l'occasion de cette confection. Les cinq commissaires qui composaient cette Chambre étaient recrutés parmi les jurisconsultes les plus versés dans la science des lois féodales. POTHIER, qui avait consacré aux fiefs un titre de son commentaire sur la coutume d'Orléans, était particulièrement désigné pour remplir cette fonction. Frémont, p. 102.

(3) Lecomte de Bièvre rapporte que, dans leur mécontentement, les receveurs et les fermiers qualifiaient POTHIER d'intraitable (Lecomte de Bièvre, p. 80).

Cité (1). Ils ajoutent qu'en fait, POTHIER, ne joua aucun rôle en cette qualité. Il semble cependant plus naturel de suivre l'opinion du dernier de ses biographes : il remarque que la grande connaissance des affaires, que POTHIER avait acquise au Palais, pouvait être au contraire utile au Maire et aux autres échevins, qui durent fréquemment s'éclairer de ses conseils (2). La preuve en est dans les regrets qu'éprouvèrent ses collègues quand il cessa ses fonctions d'échevin le 26 mars 1749.

POTHIER, né à Orléans, fit toute sa carrière dans cette ville, et c'est là qu'il exerça toutes les fonctions auxquelles il devait être appelé. Son existence fut celle d'un provincial peu imaginaire, ennemi du bruit et de l'éclat, aimant les longues études solitaires, ne vivant heureux qu'au milieu de ses livres, dans la maison silencieuse de la rue de l'Ecrivinerie. Il demeura tout à fait à l'écart de son siècle, n'en percevant l'écho affaibli que pour le réprouver (3). Jamais il ne rechercha les honneurs, et, seule, sa nomination à la dignité d'échevin le fit participer quelque peu à la vie publique. Son existence fut donc peu fertile en événements, aucun fait notoire n'en vint troubler le rythme, et elle s'écoula paisible, modeste

(1) Ils racontent même une anecdote qui rend POTHIER ridicule : le 15 février 1749, devant publier la paix d'Aix-la-Chapelle, avec le Maire et les autres échevins, POTHIER monta à cheval en robe. Sa tournure excita l'hilarité générale, et on conserva longtemps, à Orléans, le souvenir de cette risible chevauchée. Frémont, p. 108.

(2) Frémont invoque à l'appui de son opinion une délibération rédigée par POTHIER et consignée sur le registre des élections des Maires et des échevins. Cette délibération a trait à un abus qui s'était glissé dans l'administration des deniers de la ville, et que POTHIER détruisit sans blesser personne. Frémont, p. 109.

(3) Une lettre du 11 janvier 1767, reproduite dans l'ouvrage de Frémont p. 34, nous montre clairement la manière de voir de POTHIER à ce sujet. Elle est adressée à l'un de ses élèves nommé Pompon qui séjournait alors à Paris. Le passage suivant est significatif : « Je vous félicite de la liaison que vous avez faite avec M. Gordien, elle vous sera très avantageuse pour les secours mutuels que vous vous donnerez l'un à l'autre, qui vous serviront de préservatif contre l'air empesté de Paris, où le diable est continuellement occupé à souffler dans les conversations les poisons de l'incrédulité et du libertinage. Je prie le Seigneur qu'Il vous en préserve, comme Il a préservé des flammes les trois jeunes Israélites de la fournaise. »

et laborieuse (1). Il fut un savant et un sage, et le titre de « Bénédictin laïque », dont ses biographes aiment à le parer, symbolise assez heureusement le caractère de cet homme, qui ne connut au monde que l'accomplissement de ses obligations professionnelles. Nature peu enthousiaste, ignorant les passions, savant du 15<sup>e</sup> siècle égaré dans le 18<sup>e</sup>, il passa sa vie dans son Cabinet, au Palais, à l'Université, à étudier, dire et enseigner le droit : il n'eut jamais d'autres devoirs à remplir ni d'autres goûts à satisfaire.

Levé tous les matins à cinq heures, il se rendait à la Cathédrale à l'ombre de laquelle il habitait, pour entendre la Messe qui était dite pendant matines. S'il avait eu des loisirs, il aurait aimé à y demeurer longuement, tant il ressentait de plaisir et d'émotion à entendre le chant des psaumes dont la sévère beauté le transportait. Quoiqu'il fut peu artiste, il ne pouvait demeurer insensible au lyrisme imposant de la musique religieuse qui lui semblait exprimer, avec noblesse, les seuls élans de tendresse et les seuls besoins d'épanchement qu'il pût éprouver (2). Il rentrait chez lui à six heures, déjeunait frugalement et se mettait au travail soit jusqu'à son dîner, soit jusqu'à l'heure de l'audience, dînait à midi, faisait son cours de droit français à 1 heure 1/2, et s'enfermait ensuite dans son Cabinet jusqu'à sept heures du soir, soupa et se couchait à neuf heures.

Telle fut l'existence de POTHIER, ses journées se succédaient uniformes, absorbées uniquement par l'étude des lois, pour lesquelles son goût, son attachement étaient incroyables. Jamais il ne se laissait distraire par le moindre plaisir, jamais le plus faible amusement ne vint divertir la monotonie de ses jours, à peine les

---

(1) Une anecdote, rapportée par Le Trosne, p. 63, note 2, et que tous les biographes de POTHIER répétèrent à sa suite, fait bien ressortir quelle devait être l'uniformité de l'existence de notre jurisconsulte. Le Trosne raconte que POTHIER, étant venu le voir à la campagne, fut retenu un soir chez lui par un orage. Pour occuper l'après-soupée, on le fit jouer aux cartes, mais POTHIER, soucieux de ne pas dépasser l'heure à laquelle il avait accoutumé de prendre son repos, chercha à perdre, pour ne pas prolonger la soirée. Pour qu'un évènement aussi insignifiant fasse époque dans la vie d'un homme, il faut qu'elle ait été peu accidentée.

(2) Il aurait aimé de chanter lui-même ces psaumes, mais, au dire de ses contemporains, sa voix fausse le lui interdisait.

promenades et les visites, qu'il se permettait rarement, le faisaient-elles sortir de son assiduité au travail. Il leur réservait cependant l'après-midi du jeudi, qu'il appelait son jour de congé. Le mercredi apportait également une modification au plan ordinaire de sa vie : son souper était retardé jusqu'à huit heures, car il présidait ce soir-là une conférence de droit, qui réunissait ses élèves, jeunes magistrats et avocats.

Jusqu'en 1728, POTHIER vécut avec sa mère qui dirigeait sa maison et administrait sa fortune. L'oncle de POTHIER, le Chanoine, qui aimait son neveu, venait tous les soirs, à cette époque, faire une partie de piquet; quelques amis intimes, collègues au Présidial, docteurs régents de l'Université, avocats, étaient parfois conviés aussi, mais le jeu était alors le plus souvent sacrifié, et il faisait place à de savantes dissertations juridiques. La mère de POTHIER ne pouvait prendre part à ces discussions, mais, fière de son fils, elle y assistait.

Ce bonheur dura pour elle huit années, elle expira le 4 septembre 1728, après une courte maladie (1). L'année qui suivit, la mort de son oncle le Chanoine laissait POTHIER seul et sans proches parents. Maître à 30 ans d'une assez belle fortune, il renonça au mariage pour lequel il ne se sentait pas, disait-il, assez de courage, et organisa sa vie de célibataire en vue d'en tirer tous les avantages. N'ayant aucun goût pour l'administration de ses biens, et désireux de s'affranchir de toute préoccupation domestique, il prit pour gouvernante, Thérèse Javoi, en laquelle il mit toute sa confiance (2).

C'était une fille pieuse et intelligente, entièrement dévouée à son maître, et que ne rebutait pas la besogne ardue de tenir en ordre ses livres et ses vêtements (3).

---

(1) V. dans Frémont, p. 65 l'acte de décès de la mère de POTHIER. Dupin commet une erreur en plaçant sa mort le 2 mars 1762.

(2) Il prit aussi à son service Jean Lefort, dit César, qui ne le quitta jamais. A la fin de sa vie, il lui adjoignit Manette Javoi, nièce de Thérèse. C'était là tout le personnel de POTHIER.

(3) POTHIER était très désordonné : abandonné à lui-même, son extérieur eût été des plus négligés et son cabinet un indescriptible-fouillis. Grâce aux soins de Thérèse, il était toujours assez propre et sa bibliothèque relativement en ordre. Elle rangeait une fois l'an, avec un ami de POTHIER, les livres de son maître. Quand POTHIER avait un habit neuf, c'était Thérèse que l'on félicitait.

Quelques années après la mort de sa mère, en 1733, il acheta la seigneurie de la Bigaudière (1). Le voisinage de quelques collègues du Présidial et de l'Université, propriétaires dans la région, l'avait déterminé à faire cette acquisition. A partir de cette époque, il y passa toutes ses vacances (2), profitant de cette calme retraite pour travailler plus à loisir à ses ouvrages.

POTHIER n'aimait pas les voyages : à part les trois ou quatre déplacements qu'il fit pour conférer à Paris (3) avec le Chancelier d'Aguesseau, au sujet de son étude sur les « Pandectes », il ne se départit jamais de ses habitudes casanières. Une seule fois cependant, en 1748, il céda à son désir de voir la mer. Il se rendit au Havre avec Lhuillier, Lieutenant particulier, et Le Trosne, alors jeune étudiant en droit. Et encore ce voyage ne fut-il pas une diversion à ses occupations ordinaires : pendant le trajet il ne cessa d'entretenir ses compagnons du plan des « Pandectes ».

Son existence à la Bigaudière était aussi studieuse qu'à Orléans. Elle y était réglée de la même façon ; il se levait à cinq heures, se couchait à neuf, occupant sa journée entière à l'étude des lois, prenant seulement deux heures de repos par jour, l'une après son dîner, qu'il consacrait à la promenade, l'autre, après son souper, qu'il occupait à converser avec ses hôtes ordinaires : Pichar, le savant Chanoine de Saint-Aignan à Orléans (4) et Rousseau, le professeur de droit à l'Université de Paris. On imagine quels devaient être leurs entretiens : ils roulaient sur le droit, sur la religion, sur la métaphysique, et ils durent souvent passer dans les ouvrages de POTHIER. C'est, à n'en pas douter, à l'influence de Pichar, que nous devons attribuer la préoccupation constante de notre jurisconsulte de faire cadrer les règles du droit avec les principes de la morale,

---

(1) La terre de La Bigaudière était située dans la paroisse de Luz-en-Danois. Il l'acheta le 23 avril 1733 pour la somme de 17.000 livres.

(2) Pendant la vie de sa mère, il passa ses vacances à l'Air Dubois, maison de vigne, située dans la commune de Chaingy.

(3) POTHIER descendait à Paris chez son ami de Guyenne. Il ne se laissa jamais séduire par les distractions que la capitale offre de préférence aux provinciaux. Il se permettait seulement quelques visites à Debure, son libraire et à Rousseau, professeur de droit à l'Université de Paris.

(4) Le séjour à la Bigaudière fut attristé pendant l'été 1761 par la maladie du chanoine de St-Aignan. V. dans Frémont p. 203 la lettre que POTHIER écrit à Jousse à ce sujet.

et cette habitude de considérer toutes les questions sous le double aspect du for intérieur et du for extérieur.

Les dimanches et jours de fête, il assistait à la Messe qui était dite à Saint-André-de-Châteaudun. Il consacrait ses journées aux visites qu'il rendait à ses voisins de campagne, parmi lesquels se trouvaient de nombreux confrères (1).

Bien que n'étant pas homme du monde (2), POTHIER, par sa douceur, par son caractère affable, s'attira en effet beaucoup de fidèles amis (3). Il aimait aussi ses élèves et se plaisait à les recevoir à sa

(1) POTHIER faisait tous ces déplacements à cheval, accompagné de son fidèle César qui le suivait à pied.

(2) Lorsque POTHIER allait à une réception, il se sentait tellement gêné au milieu du monde qu'il priait toujours un ami de l'accompagner, et de ne pas le quitter un instant. Son physique n'était pas celui d'un mondain. Voici son portrait tel que son contemporain Le Trosne nous le trace : « Sa figure n'avait rien qui prévint en sa faveur, sa « taille était haute, mais mal prise et sans maintien. Marchait-il, son « corps était tout penché du côté gauche, sa démarche était singulière « et tout d'une pièce, était-il assis, ses jambes si longues l'embarras- « saient et il les entrelaçait par des contours redoublés. Toutes ses « actions avaient un air commun de maladresse : à table il fallait « presque lui couper les morceaux. Voulait-il attiser le feu, il commen- « çait par se mettre à genoux et n'y réussissait pas mieux. La simpli- « cité de ses manières et de tout son extérieur pouvait prévenir sur « la bonté de son caractère, mais n'annonçait pas la supériorité de « son esprit. Il fallait bien le juger sur sa réputation ou l'approfondir « pour être en état de l'apprécier. Une visite passagère ne pouvait « que nuire à l'idée qu'on avait apportée. Ses yeux cependant avaient « du feu et de la vivacité. Ils indiquaient la pénétration de son esprit « et sa facilité à saisir, mais ils ne s'animaient que quand la conver- « sation l'intéressait. » Le Trosne, p. 56.

(3) Il se lia avec Perche, l'avocat, qui l'avait initié aux affaires; Pré-  
vost de la Janès, son protecteur auprès du Chancelier d'Aguesseau et  
son Collègue au Présidial; de Guyenne, l'avocat au Parlement de Paris,  
qui l'aida à publier son ouvrage sur les « Pandectes »; Rousseau, le  
professeur de droit à l'Université de Paris qui le tenait au courant de  
la jurisprudence; Breton de Montramier, son Collègue à l'Université  
d'Orléans qui le défendit contre les attaques dirigées contre ses Pan-  
dectes; avec Jousse qui fut son ami intime; Guyot, son ancien concur-  
rent à la chaire de droit français et l'éditeur de ses œuvres posthumes;  
le chanoine Pichar, l'abbé Ducamel, Curé de l'Eglise Saint-Pierre-  
Lentin; Le Trosne, son élève et panégyriste; Boilève de Domecy, qui  
fut son exécuteur testamentaire.

table, leur promettant, pour les allécher, de bons vins et de belles questions de droit (1). Malgré sa vocation pour le célibat, il entretenait également des relations avec quelques dames, religieuses ou femmes du monde s'occupant de bonnes œuvres; il était leur confident, leur conseil : elles lui soumettaient volontiers les cas de conscience qui les embarrassaient, ou bien le consultaient sur les aumônes qu'elles se proposaient de faire (2). POTHIER ne gaspillait pas son temps en distractions et en repos superflus, mais lorsqu'il pouvait être utile, il ne ménageait pas sa peine, et se donnait sans compter. C'est ainsi que son Cabinet devint un véritable Tribunal privé dans lequel nombre de différends furent apaisés, ou réglés sous son arbitrage (3).

Cette extrême assiduité au travail ne triompha cependant pas de son tempérament délicat. La régularité de sa vie, l'austérité de ses mœurs, l'aidaient à supporter allégrement ses fatigues. Une seule fois, après la publication de ses *Pandectes*, vers 1750, il tomba gravement malade. Longtemps perclus des jambes, après cette maladie, il se remit tout à fait après quelques années de complète immobilité. Il parvint ainsi sans infirmités jusqu'à la fin de février 1772, il fut alors atteint d'une fièvre léthargique qui l'emporta en une semaine. Il mourut le 2 mars 1772 à l'âge de 73 ans et deux mois (4).

POTHIER, n'ayant rien prescrit dans son testament relativement à sa sépulture, on l'inhuma dans un coin solitaire du cimetière d'Orléans. Mais la postérité devait lui rendre les hommages qui lui

---

(1) Frémont, p. 220.

(2) Il avait une affection particulière pour Mme et Mlle Jousse, et pour la sœur du conseiller Cellier de Nançon.

(3) POTHIER ne se contentait pas de donner de multiples consultations verbales, il avait également à cœur de répondre aux innombrables lettres dans lesquelles on lui demandait conseil.

(4) En juillet 1771, ayant le pressentiment de sa fin prochaine, il avait fait son testament. Il assurait l'avenir de sa gouvernante, Thérèse Javoi, gratifiait ses domestiques, donnait aux pauvres, et faisait une rente viagère au Curé de sa paroisse. Il légua à la Bibliothèque d'Orléans les livres de droit qu'elle n'avait pas et à ses confrères au Présidial ses propres ouvrages publiés au moment de sa mort. Il choisissait son parent, Boilève de Domecy pour exécuteur testamentaire. V. dans Frémont, p. 227, la copie du testament.

étaient dûs (1) : le 14 novembre 1823, ses cendres étaient solennellement transférées dans la Cathédrale et, en 1859, on lui élevait une statue sur une place de sa ville natale (2).

Les éloges de POTHIER sont nombreux; quelques-uns seulement retiendront notre attention : le plus ancien, celui de Le Trosne (3) est le plus intéressant : Le Trosne, avocat du Roi au Présidial d'Orléans, avait été le contemporain, le collègue et l'ami de POTHIER, et il a retracé avec émotion la vie, le caractère de ce grand jurisconsulte; il l'avait beaucoup connu, partant, beaucoup aimé.

La dissertation, que Dupin aîné a placée en tête de sa publication des œuvres de POTHIER, est une excellente étude biographique et bibliographique (4). Elle est au 19<sup>e</sup> siècle, ce que celle de Le Trosne a été au 18<sup>e</sup> siècle.

L'ouvrage de Frémont vient le dernier (5); résumant les travaux antérieurs et contenant de nombreux documents inédits, il est le plus complet et le plus utile à consulter (6).

(1) Le 31 août 1810, le Conseil municipal d'Orléans décida que la rue de l'Ecrivinerie prendrait le nom de rue POTHIER, et qu'une plaque commémorative serait placée sur sa maison au n° 23 de cette rue.

(2) Les frais ont été couverts par une souscription.

(3) Il se trouve en tête du Tome II de l'édition Bugnet des Œuvres de POTHIER.

(4) Elle a aussi été publiée à part : Dupin : *Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier*. Paris. Béchet aîné, 1827.

(5) Frémont : *Recherches historiques et biographiques sur Pothier* Orléans. A. Gatinéau, 1859.

(6) Voici la bibliographie des autres travaux sur POTHIER : le premier éloge en date est celui de Lecomte de Bièvre, ancien élève de POTHIER, procureur au bailliage de Romorantin. Il a été prononcé le 8 mai 1772, deux mois après la mort de notre jurisconsulte : la biographie y est négligée au profit de l'étude des œuvres qui est assez complète. Breton de Montramier, qui avait courageusement défendu les Pandectes de POTHIER, prononça, le 20 novembre 1772, devant l'Université d'Orléans, un discours latin en l'honneur de l'ancien professeur à la Faculté de Droit. Ce discours, intitulé : « *De laudibus antecessoris doctrina et moribus prestantissimi oratio* », n'apporte aucun renseignement nouveau. Jousse publie à la fin de 1772, un éloge en tête du traité de la Possession, mais il ne contient pas ce qu'on était en droit d'attendre d'un ami aussi intime de POTHIER.

Le début du 19<sup>e</sup> siècle a été particulièrement fécond; en 1822, la société des sciences, belles-lettres et arts d'Orléans, ayant mis au con-

## Bibliographie des œuvres de POTHIER

Au premier rang des travaux de POTHIER, il convient de placer son étude sur les « Pandectes », à laquelle il consacra vingt-cinq années de son existence. Cet ouvrage, dédié au Chancelier d'Aguesseau, est intitulé : « *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* ». Il a pour but de faire régner l'ordre dans l'immense compilation de Justinien, et de suppléer au défaut de méthode de Tribonien et de ses nombreux collaborateurs. « Il fit seul, ce que 17 jurisconsultes choisis par Justinien n'avaient pu faire sur les lois de leur pays » (1). Cette œuvre, que POTHIER avait entreprise pour son usage personnel, étant parvenue à la connaissance de Prévost de la Janès, celui-ci en fit part au Chancelier d'Aguesseau qui devint l'ami et le protecteur du modeste magistrat de province (2). POTHIER éprouva de grandes difficultés à faire imprimer

---

cours l'éloge de POTHIER, décerne le prix à Boscheron-Desportes, substitut du Procureur Général près la Cour d'Orléans, donne un accessit à Javon fils, avocat à la Cour de Paris, et accorde une mention à Paillet, avocat à la Cour d'Orléans.

De la Place de Montevray fait paraître, en 1823, une notice sur POTHIER dans la Biographie universelle de Michaud. La Galerie française publie vers le même temps une étude de Dupin jeune. Berville en fait une autre en tête d'une édition des œuvres de POTHIER. Le 3 novembre 1842, de la Tournelle, Procureur Général près la Cour d'Orléans, prononce un discours de rentrée sur l'éloge parallèle de POTHIER et de LHOSPITAL. Le 18 décembre 1849, Henri Busson fait un discours sur POTHIER à la séance solennelle de rentrée de la conférence des avocats. Enfin, Paul Huot, substitut, publie une esquisse biographique dans les « *Hommes illustres de l'Orléanais* ».

(1) Dupin jeune : *notice sur Pothier* dans la Galerie française.

(2) Voir dans Le Trosne Op. cit. p. 31, note, des fragments de la correspondance que d'Aguesseau lia avec POTHIER. Elle témoigne de l'intérêt que le Chancelier portait aux travaux du Conseiller au Présidial, et de l'affection qu'il éprouvait pour l'homme. A différentes reprises, d'Aguesseau pria POTHIER de le venir voir à Paris pour conférer au sujet de son ouvrage : nous connaissons les dates de deux de voyages : septembre 1736 et 1742.

cet ouvrage; il était considérable, écrit en latin, et traitait une matière qui n'intéressait plus. Les libraires, prévoyant que la vente n'en serait pas aisée, refusaient de l'éditer. Enfin, moyennant l'abandon de son privilège, il détermina un imprimeur de Chartres à accepter le manuscrit. L'ouvrage parut en 3 vol. in-folio. La publication, commencée en 1748, fut complète en 1752 (1). Les « Pandectes » eurent peu de succès en France à leur apparition : la presque totalité de l'édition fut achetée par des Allemands (2) et des Hollandais qui se passionnaient encore pour le droit romain (3). Cette faveur, obtenue à l'étranger, attira enfin l'attention de nos jurisconsultes qui marquèrent leur estime pour l'œuvre de POTHIER, d'une façon qu'on n'aurait osé espérer avant l'accueil qui lui avait été fait au dehors. Peu d'années après la mort de POTHIER, la première édition était épuisée. Une deuxième édition fut entreprise par Guyot, l'ancien concurrent de POTHIER, qui était devenu son ami. Elle parut à Lyon en 1782, elle est plus correcte que la précédente (4). L'ouvrage a été édité une troisième fois à Paris en 1818

---

(1) Cette édition parut sous le titre : « *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis quae jus pandectarum confirmant, explicant, abrogant.* » Auctore R. J. POTHIER. Parisiis et Carnuti. 1748-52, 3 vol. in-folio. De Guyenne, avocat au Parlement de Paris, et ami de l'auteur, avait corrigé les épreuves. Il écrivit aussi la préface (72 pages in-folio) qui est une introduction à l'étude du droit romain. Il collabora au commentaire de la loi des douze tables qui est en tête du 2<sup>e</sup> vol. de la 1<sup>re</sup> édition et qui, dans les autres, vient immédiatement après la préface.

(2) Henri Kellinghusen, conseiller aulique de Prusse, vint exprès à Orléans pour voir POTHIER, et s'entretenir avec lui : il remporta 30 exemplaires des « Pandectes ».

(3) Les « Pandectes » de POTHIER se heurtèrent cependant à quelques critiques de la part des Allemands : un journaliste de Leipzig s'éleva violemment contre ce travail, lequel, disait-il, n'ajoutait rien à la science et donnait à son auteur une réputation usurpée : (la critique se trouve dans le Journal des Savants imprimé à Leipzig le 1<sup>er</sup> août 1753, p. 453). Breton de Montramier, professeur à l'Université d'Orléans, prit courageusement la défense de son ami dans une lettre adressée à MM. les auteurs du Journal des Savants : « *Lettre à MM. les auteurs du Journal des Savants touchant la critique que les journalistes de Leipzig ont faite des « Pandectes » de M. Pothier.* » (Paris, Desaint et Saillant). Elle est signée et datée d'Orléans le 22 février 1755.

(4) Guyot possédait un exemplaire des « Pandectes » corrigé de la main de POTHIER : il s'en aida et corrigea dans l'ouvrage lui-même les

par Latruffe. Cette édition est très supérieure aux deux premières (1).

Cet ouvrage valut à POTHIER le titre de « *Pandectorum Restitutor felicissimus* ». Il a été traduit en français par Bréard-Neuville et Moreau de Montalin (2).

Le premier ouvrage de droit français, auquel POTHIER se consacra, avec l'intention de le faire imprimer, est un « *Commentaire de la coutume d'Orléans* » qui parut en 1740 en deux vol. in-12° chez Rouzeau-Montault à Orléans. Il y travailla avec la collaboration de Jousse et de Prévost de la Janès (3). La première édition, ayant été épuisée dix années après sa publication, POTHIER s'appliqua à en donner une deuxième. Mais, au lieu de se livrer à un simple travail de révision, il refondit entièrement son œuvre qui parut en

---

fautes qui y étaient relevées dans l'erratum de la première édition. Cette édition parut sous le titre : « *Pandectae Justinianae, cum legibus codicis et novellis quae jus pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant* » Nova editio in qua praetermissa et supplenda in suis locis restituuntur. Lugdini 1782, 3 vol. in-folio.

(1) Toutes les fautes, signalées dans les errata des deux premières éditions, ont disparu de celle-ci; D'autres même, qui n'avaient pas été relevées, y sont corrigées. Les tables sont refaites. On trouve dans cette troisième édition : 1°) un fac-simile de l'écriture de POTHIER; 2°) un specimen du manuscrit des « *Pandectes Florentines* »; 3°) les critiques du journaliste de Leipzig, avec la réponse de Breton de Montmarier; 4°) la dédicace de POTHIER à d'Aguesseau qui avait été omise dans la 2° éd. 5°) une lithographie représentant POTHIER.

(2) Les « *Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre avec les lois du Code et les Nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent celles des Pandectes* ». par R. J. POTHIER et la traduction en regard du texte, par Bréard-Neuville, revues et corrigées par Moreau de Montalin. Paris 1817 et années suiv. 26 vol. in-8°, y compris l'analyse des « *Pandectes* » formant la table.

(3) POTHIER est l'auteur des notes sous les titres 1, 2, 3, 10, 11, 12, 17, 18, 21, 22, c'est-à-dire qu'il commenta les dispositions de la coutume sur les fiefs, les cens, et droits censuels, les relevoisons à plaisir, la communauté, le douaire, les successions, le retrait lignager, les criées et les cas possessoires. Il est également l'auteur des observations sur la coutume d'Orléans, par Delalande qui figurent dans le deuxième vol.

Prévost de la Janès écrivit les notes sous les titres 9, 13, 14, 15, 16. Il fit aussi le discours historique sur la coutume d'Orléans, qui est en tête du 2° vol. et l'éloge de Lalande, professeur à l'Université d'Orléans. Les observations sur les titres 4, 5, 6, 7, 8, 19, 20, 23 sont de Jousse.

1760 en deux volumes in-12° chez Rouzeau à Orléans, sous le titre : « Coutumes des Duché, Bailliage, et Prévôté d'Orléans et ressort d'iceux avec une introduction générale aux dites coutumes, des introductions particulières à la tête de chaque titre, et des explications sous les articles qui ont besoin d'éclaircissements » (1).

Cet ouvrage a été réimprimé en 1772 en un volume in-4 chez Debure à Paris et en deux vol. in-12 en 1776, (Paris, Debure, et Orléans, Rouzeau). Cette dernière édition est la meilleure.

Les autres œuvres de POTHIER sur le droit français n'étaient pas, pour la plupart, destinées à l'impression. Un grand nombre d'entre elles étaient à l'origine de simples ébauches, qui lui servaient au Présidial pour dire le droit, et à l'Université pour son enseignement. A l'exception de quelques œuvres posthumes que POTHIER, surpris par la mort, n'avait fait qu'esquisser, elles ont toutes été publiées pour l'honneur de la science juridique française.

En voici l'énumération :

En 1761, paraît le Traité sur les obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur (Paris Debure et Orléans, Rouzeau en 2 vol. in-12°). Il a été réimprimé en 1764 avec des augmentations (Paris, Debure et Orléans, Rouzeau) 2 vol. in-12° puis en 1768 (Paris, Debure) 2 vol. in-12°.

Cet ouvrage seul aurait suffi pour immortaliser le nom de POTHIER. Il est passé en grande partie dans notre Code civil (2).

Du jour de la publication de ce Traité, jusqu'à sa mort, POTHIER fait paraître chaque année un nouvel ouvrage.

En 1762, paraît le « Contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur », 2 vol. in-12° ordinairement

---

(1) L'introduction aux divers titres de la coutume d'Orléans forme un traité complet et méthodique de l'ancien droit coutumier français.

(2) Dupin, dans sa dissertation sur POTHIER dit que c'est le plus beau livre qui soit sorti de la main des hommes. Il ajoute : « Cet immortel ouvrage n'est pas seulement un bon livre de droit, c'est un excellent livre de morale, une œuvre de tous les temps, de tous les pays, de toutes les nations, un livre auquel l'antiquité ne pourrait opposer que les « *Offices* de Cicéron » et qui n'a de supérieur que l'Évangile parce que l'Évangile est la parole même de Dieu ». Dupin, p. 158.

Le traité des obligations fit une telle réputation à POTHIER qu'au lieu de mettre son nom sur les ouvrages qu'il fit paraître par la suite, les libraires mettaient : « par l'auteur du Traité des Obligations ».

reliés en un seul et le « Traité des Retraits » pour servir d'appendice au Traité du Contrat de vente, 1 vol. in-12. Orléans, Rouzeau.

Une 2<sup>e</sup> édition de cet ouvrage fut publiée en 1765, 3 vol. in-12.

En 1763, POTHIER donne le « Traité du Contrat de Constitution de rente et le traité du contrat de change, de la négociation qui se fait par les lettres de change, billets de change et autres effets de commerce ». Ces deux traités reliés en un vol. in-12. Paris, Debure.

En 1764, « Traité du contrat de louage selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur et traité du contrat de bail à rente ». 1 vol. in-12. Paris, Debure.

Ce traité a été édité une 2<sup>e</sup> fois, en 1778. Paris, Debure, 1 vol. in-12.

En 1765, « Supplément au Traité du Contrat de louage ou Traité des contrats de louage maritime avec le Traité du Contrat de Société, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur, auquel sont joints deux appendices dans l'un desquels on traite des obligations qui naissent de la communauté qui est formée sans contrat de Société, et dans l'autre de celles qui naissent du voisinage et le Traité des Cheptels, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur ».

Le tout 3 vol. reliés en un seul in-12. Paris, Debure.

En 1766-67, « Traité des contrats de bienfaisance où l'on trouve le Traité du prêt à usage et du précaire et le Traité du contrat de consommation, du quasi contrat appelé promutuum et de la *condictio indebiti*. Le Traité du contrat de dépôt, du séquestre et du mandat, un appendice sur le quasi contrat *negotiorum gestorum* et le traité du contrat de nantissement, le Traité des contrats aléatoires où se trouvent les traités des contrats d'assurance, du prêt à la grosse aventure et le traité de jeu.

Le tout réuni en 3 vol. in-12. Paris, Debure.

Estrangin a donné en 1810 (Marseille, 1810. 1 vol. in-8) une nouvelle édition avec notes du Traité sur les contrats aléatoires.

En 1768. « Traité du contrat de mariage » auquel est jointe une observation générale sur ses précédents traités; il y est question de la prestation des fautes et on y trouve une explication relative au n° 137 du contrat de mandat, relativement à la distraction des dépens. 2 vol. in-12. Paris, Debure.

En 1769. « Traité de la Communauté ». 2 vol. in-12. Paris, Debure.

En tête de ce Traité se trouve une étude sur la puissance du mari sur la personne et les biens de sa femme, à la fin du T. II l'auteur a placé une observation sur le contrat de nantissement.

En 1770. « Traité du douaire ». 1 vol. in-12. Paris, Debure.

En 1771. « Traité du dit d'habitation » pour servir d'appendice au Traité du douaire. Traité du don mutuel auquel est jointe une interprétation de l'art. 68 de la Coutume de Dunois (relatif au don mutuel permis par cette coutume).

Le tout réuni en 1 vol. in-12. Paris, Debure.

En 1772. Traité du droit de domaine auquel est joint un Traité de la possession et de la prescription. 2 vol. in-12. Paris, Debure.

POTHIER préparait une étude sur les fiefs et censives servitudes et droit d'hypothèque lorsque la mort mit fin à ses travaux. Les manuscrits qu'il laissait furent confiés à Guyot qui édita ces œuvres posthumes de 1776 à 1778 (chez Massot à Orléans). Elles sont réunies en 8 vol. in-12. En voici le détail :

Traité des fiefs, censives, relevoisons et champarts. 2 vol. in-12.

Traité de la garde noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles, des hypothèques et substitutions. 1 vol. in-12.

Traité des successions. 1 vol. in-12.

Traité des propres et des donations testamentaires. 1 vol. in-12.

Traité des donations entre vifs, des personnes et des choses. 1 vol. in-12.

Traité de procédure civile et criminelle. 2 vol. in-12.

Elles existent également en 3 vol. in-4 (chez Massot à Orléans). Dans cette édition les traités sont ainsi répartis : le T. I contient les traités sur les fiefs, censives, relevoison et champarts, de la garde noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles des hypothèques et substitutions. Le T. II contient les traités des successions, des propres, des donations testamentaires, des donations entre vifs des personnes et des choses. Le T. III contient les traités de Procédure civile et criminelle.

D'autres travaux laissés par POTHIER n'ont pas été publiés, parce que le temps lui a manqué pour leur donner de l'intérêt. Ce sont : les Traités sur les Servitudes, sur la légitimité, sur la subrogation, sur la vente des immeubles par décret, sur la présentation, sur les réparations des bénéficiers.

Il avait rédigé également quelques opuscules latins qui ne furent jamais imprimés. Ce sont : l'epitome operis Grotii de jure belli et

pacis. — Synopsis institutionum juris pontificii. — Paratitla in quinque libros decretalium Gregorii IX. — Synopsis tractatus Molinaei de dividuo et individuo.

Les œuvres de POTHIER, qui furent publiées de son vivant, ont été imprimées soit à Paris, soit à Orléans. POTHIER avait en effet deux libraires : l'un, à Orléans, qui était Rouzeau-Montault et l'autre à Paris, Debure l'aîné (1).

Les œuvres complètes de POTHIER ont été fréquemment éditées au cours du XIX<sup>e</sup> siècle.

par Huttau et Bernardi. — Paris, 1805-1810, 22 vol. in-8.

(édition mise en rapport avec le C. Napoléon, le Code de procédure et les lois nouvelles).

par Beaucé. — Paris, 1813. 13 vol. in 8 (édition mal imprimée).

par Siffrein. — Paris, 1821-1824. 19 vol. in-8.

(Y compris un vol. de table des matières et un vol. de table de concordance avec les art. du Code civil, par Pinel-Granchamp et Marie Saint-Georges).

par Berville. — Paris, 1820. 26 vol. in-8.

(Avec des tables de concordance des art. du Code et des matières).

par Dupin aîné. — Paris, 1823. 11 vol. in-8.

(Avec une notice sur la vie et les ouvrages de POTHIER, par Dupin aîné, et 1 vol. de table des matières par Bonnet).

par Rogron et Fribach. — Paris, 1825. grand in-8.

(Edition compacte en 2 col.).

par Bugnet. — Paris, 1845. En 10 vol. in-8.

(Le T. 2 contient l'éloge de POTHIER de Le Trosne) et 1 vol. de table des matières suivie d'une table de concordance des art. du Code civil avec l'ouvrage, par Jean Sirey).

2<sup>e</sup> édition conforme à la 1<sup>re</sup>. Paris 1861.

(1) V. dans Frémont Op. cit. p. 162 et suiv. 2 lettres de POTHIER qu'il leur écrivit au sujet du Traité des obligations et du Traité du contrat de vente. Elles nous montrent combien POTHIER soignait la publication de ses ouvrages. Mais il n'en tira jamais grand profit pécuniaire.

La mort de Rouzeau-Montault fournit à POTHIER l'occasion de montrer à nouveau la générosité de son caractère : il s'intéressa à la veuve de son libraire d'Orléans et écrivit à Debure pour le prier, dans le cas où il viendrait à céder son établissement à son fils, de l'associer, pour la publication de ses ouvrages, à Madame Rouzeau-Montault.



## **DEUXIEME PARTIE**



### Tendances de leurs esprits

La vie, le caractère d'un grand jurisconsulte peuvent sembler préoccupations légères. Qu'on défende ses opinions ou qu'on les combatte, qu'on embrasse aveuglément ses doctrines, ou qu'on s'applique à en montrer les défauts pour les détruire, on s'attache à l'œuvre, on néglige l'homme. L'homme est séparé de l'écrivain, il disparaît derrière l'ouvrage.

S'agit-il d'un poète, d'un romancier, les détails les plus intimes de leur vie privée sont recherchés et commentés. On s'intéresse à leurs aventures, on prête l'oreille aux indiscretions. Etudier l'œuvre sans connaître l'homme, serait refuser de la comprendre, et se priver de l'aimer.

Cette différence s'explique aisément.

L'homme de lettres s'épanche dans son œuvre : il communique à autrui les mouvements de sa sensibilité, il fait une œuvre d'art, c'est-à-dire une œuvre subjective, dans laquelle il se révèle tout entier : son livre n'est, le plus souvent, qu'une confession.

Le juriste, au contraire, fait œuvre scientifique, objective. Il ne vit que par les idées qu'il exprime. La personne de l'auteur ne transparaît pas dans l'ouvrage, elle est indifférente au lecteur.

Pourtant, nous ne pouvons nous contenter d'étudier BLACKSTONE et POTHIER dans leurs œuvres, nous devons faire ressortir que ces deux jurisconsultes ont été représentatifs de leur pays et de leur temps : seule, l'étude de leur caractère nous apprendra s'ils sont des types généraux, ou des originaux dépourvus de tout caractère symbolique. Nous avons étudié leurs vies, il nous faut maintenant les rapprocher l'une de l'autre, pour dégager les traits principaux de la physionomie de nos auteurs.

La régularité d'existence de BLACKSTONE et de POTHIER nous frappe dès l'abord. Ils ne furent pas des natures emportées, cédant à leurs caprices, esclaves de leur fantaisie : la science s'accommode

mal d'une vie dissipée, et les mœurs d'un savant doivent être simples et réglées.

BLACKSTONE et POTHIER ne connurent pas d'autre joie que le travail, ni d'autre bonheur que la stricte exécution de leurs obligations professionnelles. Leurs journées s'écoulaient uniformes, laborieuses, sans que rien n'en pût troubler l'ordre prévu, et le plan de leur vie, une fois arrêté, ne fut jamais modifié. Ménagers de leur temps, ils respectaient aussi celui des autres; leur ponctualité était rigoureuse, et si l'on se réglait à Orléans sur les sorties de POTHIER, on connaissait aussi à Oxford l'exactitude de BLACKSTONE, qui jamais ne manqua l'heure de son cours, fût-ce de quelques instants (1).

Le mode d'existence de nos deux jurisconsultes fut donc le même : il présente le même caractère d'austérité et de régularité.

Un examen superficiel pourrait tenter cependant d'établir une opposition, sur ce point, entre POTHIER et BLACKSTONE. POTHIER n'a-t-il pas toujours vécu à Orléans, loin du monde et des agitations du siècle ? BLACKSTONE, au contraire, n'a-t-il pas quitté Oxford, pour s'établir à Londres, et ne s'est-il pas mêlé aux mouvements politiques, poussé par une ambition qu'ignorait POTHIER ? On ne peut contester que l'existence de POTHIER fut plus retirée et plus effacée que celle de BLACKSTONE, mais, tout en faisant la part de l'ambition de BLACKSTONE, il faut reconnaître que ce sont les faits eux-mêmes, beaucoup plus que le caractère du jurisconsulte anglais, qui l'entraînèrent dans une voie où POTHIER ne fut pas attiré.

En Angleterre, il était indispensable, pour qui voulait prendre part à la vie judiciaire, de s'établir à Londres : toutes les juridictions se trouvaient réunies dans la capitale. En France, au contraire, de nombreux tribunaux étant répartis sur toute l'étendue du royaume, les juristes pouvaient aisément vivre en province, tout en trouvant à leur activité un emploi suffisant (2).

---

(1) Cf. Clitherow, p. 26 et Frémont, p. 201 à 203.

(2) Lorsque la royauté capétienne, d'abord limitée à l'Ile de France, reconstitua son autorité dans les limites géographiques du pays, elle trouva un grand nombre de justices locales, instituées depuis longtemps, auxquelles on était habitué, et qu'il était de bonne politique de conserver, parce qu'elles représentaient des traditions anciennes, difficiles à abolir. A côté du Parlement de Paris, il y avait donc en France d'autres Cours supérieures, survivances des institutions judiciaires établies par

Cette différence dans l'organisation judiciaire des deux pays, jointe à leurs régimes politiques distincts, explique comment BLACKSTONE put mener une vie publique à laquelle POTHIER ne songea jamais. Résidant à Londres, en contact nécessaire avec les membres du Parlement qui votaient les lois, les jurisconsultes anglais étaient tout naturellement amenés à la carrière politique, et ils avaient une place marquée à la Chambre des Communes, qui, outre ses attributions législatives, participait, dès cette époque, avec la Chambre des Lords, au gouvernement de la nation (1). Vers le même temps, les hommes de loi français se maintenaient en dehors de toute agitation politique. L'opposition aux principes absolutistes de la royauté, concentrée dans le Parlement de Paris, était déjà fort compromise et presque définitivement vaincue (2). On conçoit donc qu'à Orléans, siège d'un simple Présidial, POTHIER ait pu vivre sans ambitions politiques.

Mais si, comme la plupart des jurisconsultes anglais, BLACKSTONE ne s'est pas uniquement cantonné dans les études abstraites et scientifiques, du moins, ne faut-il pas exagérer le rôle politique qu'il a pu jouer. Nous savons, en effet, qu'à la suite de ses échecs à la Chambre des Communes, il renonça de lui-même à y occuper une place de premier rang.

---

les grands feudataires. D'autre part, dans sa lutte incessante contre la féodalité, la royauté avait établi, sous forme de prévôtés et de bailliages, des tribunaux locaux, destinés à supplanter les justices seigneuriales; plus tard même, des présidiaux avaient été créés, pour éviter les appels trop nombreux de ces juridictions les unes aux autres, et pour décharger les rôles des Parlements. La France présentait donc, au temps de POTHIER, un nombre et une variété de juridictions que l'Angleterre ne possédait pas au temps de BLACKSTONE.

(1) Le bill de 1688, qui avait établi la monarchie constitutionnelle en Angleterre, et qui avait proclamé la souveraineté du peuple et le respect des libertés individuelles, n'avait pas nettement défini les pouvoirs politiques du Parlement. Ce fut l'incapacité des rois allemands George I et George II qui lui donna la prépondérance. Ce régime parlementaire fonctionna pendant tout le XVIII<sup>e</sup> siècle, il triompha des tentatives faites par George III pour restaurer le gouvernement personnel.

(2) Depuis les Guerres de religion, le Parlement de Paris avait, à maintes reprises, protesté contre les actes arbitraires du pouvoir. Ce fut surtout à l'occasion des troubles suscités dans le royaume par les régence et les minorités de roi, que ce corps judiciaire tenta vainement de se mêler à la politique générale du pays.

Une seule observation se dégagera donc du parallèle établi sur ce point : tandis que POTHIER se limitait au droit privé, BLACKSTONE était amené à consacrer, dans son œuvre, une place au droit public.

Si l'on fait abstraction des traits de caractère qui s'expliquent chez BLACKSTONE par les luttes politiques auxquelles il fut mêlé, nous trouvons en lui bien des ressemblances avec POTHIER, et leurs biographes vantent également les qualités de leurs cœurs, leur bienveillance et leur générosité (1).

L'époque à laquelle ils ont vécu était d'ailleurs une époque de libéralisme et de tolérance. La fin du XVII<sup>e</sup> siècle marque un changement important dans l'état des esprits : l'idée d'autorité subit à ce moment un déclin fort remarquable. Or, la tolérance est une des vertus principales du juriste : seule, elle permet la discussion scientifique vraiment désintéressée. Aussi a-t-on remarqué que les grands jurisconsultes naissent généralement dans les époques de calme et de paix : c'est la dynastie des Antonins et des Sévères qui a marqué, à Rome, l'apogée de la science du droit.

Cette tolérance doit aussi s'accompagner d'un certain esprit d'indépendance et de fierté, car, par là même qu'on respecte les opinions d'autrui, on s'assure pour soi-même le respect de ses pensées et le droit de les faire valoir. Papinien n'est pas moins honoré pour s'être refusé, au risque de sa vie, à faire l'éloge du meurtre de Geta, que pour avoir mérité, par ses écrits, le titre de prince des jurisconsultes.

Cette dignité d'une vie indépendante et libre est aussi marquée chez BLACKSTONE que chez POTHIER. C'est par son existence retirée, que POTHIER réussit à s'affranchir de toute autorité et qu'il ne dépendit jamais que de lui-même, et l'histoire a conservé le souvenir de la fière attitude de BLACKSTONE, en face du duc de Newcastle, lors-

---

(1) Douglas, Clitherow, se bornent à affirmer ces traits de caractère, ils n'illustrent leur assertion d'aucun exemple. Lecomte de Bièvre, au contraire, nous raconte une anecdote qui nous édifie sur la bonté de POTHIER : POTHIER, ayant été chargé de faire le rapport d'une affaire concernant une veuve pauvre, avait donné des espérances à celle-ci sur le succès de sa cause. Mais, à l'audience, il négligea de parler d'une pièce décisive en faveur de la veuve qui perdit son procès. POTHIER, reconnaissant sa faute, n'hésita pas à indemniser la victime de son inadvertance. Cf. Frémont, p. 62.

que celui-ci lui demandait l'abandon de ses opinions politiques, comme prix de sa nomination à la chaire de droit romain d'Oxford.

Mais esprit d'indépendance n'est pas esprit d'insubordination : les grands jurisconsultes ne doivent pas être en révolte avec les idées de leur temps, ils ne peuvent se tenir en marge d'une société dont il leur faut refléter les sentiments et les tendances. A toutes les époques, on a vu des hommes hardis s'efforcer à dégager des idées juridiques nouvelles, en avance sur leur temps ; mais si ces hommes éveillent notre curiosité, et si leur nom mérite d'être retenu, jamais ils n'ont réussi à faire régner leur influence sur leurs contemporains ; c'est seulement de longues années après leur mort, que leurs théories ont été reprises et développées. Ainsi, Labéon, à Rome, ne put même donner son nom à la secte des Proculiens et sa valeur demeura longtemps méconnue. Ainsi, Dumoulin, en France, ne put, au XVI<sup>e</sup> siècle, conquérir la renommée qui appartient à son rival d'Argentré. De même, BLACKSTONE eut sur le droit anglais une influence plus forte que celle de Bentham, et notre Code civil se ressent bien davantage de l'esprit de POTHIER que de celui des encyclopédistes. Un siècle aime à se retrouver dans les œuvres de ces savants qui reproduisent les opinions moyennes de leur époque : BLACKSTONE et POTHIER ont été représentatifs des doctrines régnautes lors de l'apparition de leurs ouvrages, cela explique leur succès.

C'est une bourgeoisie éclairée, mêlée aux affaires publiques, qui, à ce moment, domine en Angleterre. C'est en France, une bourgeoisie de plus basse condition, plus renfermée dans ses devoirs professionnels, qui est le centre de la vie intellectuelle. Mais ce sont dans les deux pays des classes attachées à des disciplines anciennes, animées d'un certain libéralisme, et se plaisant dans une existence sévère et laborieuse. Nous pouvons donc sans crainte suivre nos deux modèles : nous sommes certains d'y trouver désormais les traits les plus saillants des caractères juridiques nationaux dont ils ont été l'expression.

Cette expression a été chez eux très heureuse.

Le succès d'une œuvre, même la plus aride et la plus dépourvue d'agréments littéraires par la nature de son objet, dépend surtout de la manière dont elle est présentée et mise à la portée du public.

Sans doute, les juristes ne sont pas des artistes et nous ne de-

vons pas rechercher dans leurs écrits de quoi émouvoir notre sensibilité. Le droit s'oppose aux élans de l'imagination, c'est une science de réflexion qui s'adresse à notre seule intelligence.

Il faut pourtant au juriste un don d'écrivain : c'est par ses talents d'exposition, qu'il retient l'attention de ceux que la sécheresse de la matière peut effrayer.

Le droit est une science pratique, vivante, la connaissance des lois n'est plus le privilège d'une caste dirigeante qui détient le pouvoir, la science juridique doit pénétrer tous les milieux, tous les esprits. Le jurisconsulte doit être un vulgarisateur, et, pour rendre attrayante l'étude des lois, il doit faire œuvre littéraire. De fait, les qualités littéraires sont beaucoup plus répandues dans les milieux juridiques que les qualités artistiques. Nos deux jurisconsultes en offrent l'exemple. Le goût de BLACKSTONE pour l'architecture, le sens musical de POTHIER ne suffisent pas à faire d'eux des artistes. C'était la seule partie mathématique de l'architecture qui attirait l'esprit méthodique de BLACKSTONE, et il négligeait le côté plus artistique de l'ornementation. C'était la seule musique religieuse, le seul chant des psaumes qui transportait POTHIER, et il y voyait surtout un moyen d'entretenir et de raffermir sa foi. Jamais ces deux hommes n'employèrent leur loisirs à des distractions d'art, mais ils auraient aimé à se délasser fréquemment dans le commerce des grands écrivains. Ses doubles fonctions de professeur et de magistrat absorbaient les journées entières de POTHIER : son zèle opiniâtre pour l'étude des lois ne lui permettait pas de se livrer à ses lectures favorites, pourtant, il vivait sur le souvenir de ses humanités, et il se plaisait à évoquer la mémoire du plaisir, autrefois ressenti, à parcourir les auteurs anciens, surtout Horace et Juvénal qui avaient enchanté sa jeunesse. Malgré la solennité avec laquelle BLACKSTONE avait renoncé à la carrière d'homme de lettres, il ne put se tenir parole à lui-même : aux époques les plus actives de son âge mûr, il cédait encore aux occasions de révéler son talent de poète; au déclin de sa vie, dans la retraite de la vie publique, il relisait Shakespeare qu'il annotait et s'intéressait à la querelle entre Pope et Addison qui, au début de son siècle, avait divisé les milieux littéraires (1).

---

(1) Il écrivit un mémoire sur la question qu'il intitula : « *An account of the Dispute between Addison and Pope.* » BLACKSTONE

Ce goût pour les belles lettres éclate dans les œuvres de nos deux jurisconsultes, il se manifeste dans leur talent d'exposition, dans leur style : le style de nos auteurs, pour être très différent, n'en est pas moins très caractéristique de leur génie et de leur temps.

POTHIER, né en 1699, à l'extrême limite de l'âge classique, garda toujours dans son esprit le reflet du XVII<sup>e</sup> siècle dont les dernières lueurs avaient éclairé sa première enfance. Mais, s'il ne partagea pas toutes les idées philosophiques de son siècle, du moins lui emprunta-t-il sa langue, langue tout abstraite et intellectuelle, qui exprime sobrement la pensée. Cette langue, faite pour l'intelligence et le raisonnement, ne convenait pas à des artistes, elle était destinée à des penseurs, elle était aussi éminemment propre à des jurisconsultes : POTHIER sut se l'approprier.

L'écrivain, en lui, est un modèle de clarté, de simplicité. Son style dépouillé manque d'éloquence, voire de personnalité : POTHIER ne travaille pas la forme : il écrit avec insouciance, sans coquetterie ; il ne vise qu'à répandre la lumière sur toutes les difficultés qu'il aborde. Elaguant les controverses qui obscurcissent la pensée et ralentissent les développements, il s'achemine sûrement et sans détours vers les solutions qui se doivent graver dans l'esprit du lecteur ; évitant les images, les comparaisons qui alourdissent l'harmonie d'un raisonnement, il s'attache uniquement à déduire toutes les conséquences des principes généraux posés. Il est un guide que l'on se sent obligé de suivre et qu'on est heureux d'avoir suivi. Son style analytique n'a pas d'élégance, pas de brillant, mais il séduit par sa précision et par sa limpidité ; POTHIER parle la langue d'un Code, et c'est pourquoi les législateurs de 1804, parmi leurs nombreux emprunts, se bornèrent si souvent à le transcrire.

POTHIER avait le style de son époque, mais par l'esprit, il était resté un classique. BLACKSTONE fut, lui aussi, un classique, mais il le fut par son esprit et par son style, et ce double trait le rattache bien à son siècle qui marque en Angleterre l'âge du classicisme. Dans ce pays, cet âge retarde en effet sur le nôtre, car il est dû à

---

L'ayant communiqué à son ami, le Dr Kippis, celui-ci le publia dans la « *Biographia Britannica* » en appendice à la vie d'Addison. Cette étude, faite à l'aide de la correspondance de Pope, est remarquable par son impartialité, elle contient d'ailleurs une critique assez vive des comptes-rendus tendancieux qui avaient paru jusqu'alors.

l'influence directe de notre littérature du XVII<sup>e</sup> siècle. L'émigration provoquée par la Révolution de 1648 avait fait séjourner en France nombre d'intellectuels anglais, qui, rapidement gagnés aux principes de notre art classique, les firent régner dans leur patrie aussitôt leur retour. Toute la période littéraire, qui s'étend en Angleterre depuis la Restauration des Stuarts jusqu'à la Révolution française, est imprégnée de ces idées de méthode et de raison qui sont les caractères saillants de notre XVII<sup>e</sup> siècle. Les œuvres de Dryden, d'Addison, de Pope, portent très nettement cette empreinte qui ne se rencontre ni parmi ceux qui les précèdent ni parmi ceux qui les suivent. La langue se ressent aussi fortement de cette discipline, elle se façonne; colorée et pittoresque au temps de la Renaissance, elle se régularise et s'ennoblit, on ne vise plus qu'à la correction et à la grâce. La forme tend à l'emporter sur le fond.

Tous ces traits de l'âge classique anglais, nous les retrouvons chez BLACKSTONE : son séjour au Pembroke College l'avait mêlé au monde littéraire, il en devait tout naturellement refléter les tendances.

Mais, à notre goût moderne, son style semble parfois un peu pompeux. Sa phrase, très étudiée, s'élève trop souvent jusqu'à la période majestueuse pour ne pas sentir l'artifice et trahir l'effort. Sa langue est trop noble : elle est démodée. Pourtant, la critique anglaise lui est généralement favorable (1) : ses contemporains, formés à l'école de Johnson, sont unanimes à la vanter, et Bentham lui-même, l'adversaire le plus déclaré des théories politiques de BLACKSTONE, rend hommage à ce style « correct, clair et élégant » (2). Les auteurs modernes louent également son talent littéraire : « Il a le style charmant d'Addison et de Pope » écrit Welsby (3), « les Commentaires vivent par leur style », dit Dicey (4). On s'accorde à reconnaître que l'expression était chez lui remarquablement adaptée à l'idée, que le ton s'enflait ou s'apaisait suivant les exigences du sujet, et que, s'il recherchait l'emphase, l'ampleur du mouve-

---

(1) A notre connaissance, seul, Austin, s'est élevé contre le style de BLACKSTONE qui, à son avis, charme l'oreille, mais ne peut satisfaire un homme de goût. Cf. *National Biography*. V<sup>o</sup> BLACKSTONE.

(2) *Fragment on government*, Préface. p. 41.

(3) *Life of eminent English Judges*, page 341.

(4) *National Review* December 1909, p. 661.

ment oratoire pour glorifier la constitution anglaise (1), il redevenait simple, bref et rapide dans l'exposé des difficultés juridiques et dans les discussions techniques. Son principal mérite est d'avoir rendu facile l'étude du droit en la dégageant de ce jargon sévère dans lequel Littleton, Coke et tous ses prédécesseurs l'avaient enveloppée (2). Le premier, il a popularisé la science du droit parce que, le premier, « il a appris à la doctrine à enseigner dans la langue des étudiants et des gentlemen » (3).

Jusqu'en 1753, date à laquelle BLACKSTONE commença ses conférences de droit anglais, les étudiants avaient en effet une tâche ardue à accomplir : transportés dans un monde qui leur parlait une langue étrangère, ils ne trouvaient pas de guide pour les conduire à travers le labyrinthe des lois. Les principes gisaient, épars, dans de volumineux year-books, masse confuse de précédents judiciaires, ils n'étaient pas même dégagés avec netteté dans les rares manuels, difficilement intelligibles, qui offraient à leurs lecteurs un chaos de commentaires obscurs et rebutants.

Une réforme était nécessaire pour attirer les jeunes gens dans les écoles de droit, et pour dissiper les préventions dont les études juridiques étaient devenues l'objet : il fallait réaliser, pour le droit moderne, une systématisation semblable à celle dont Bracton avait fourni le modèle pour le droit médiéval du 13<sup>e</sup> siècle (4). BLACKSTONE fut assez heureux pour y réussir. Alors que ses devanciers s'étaient

---

(1) V. par ex. la péroraison des commentaires T. IV. 33. p. 443 (Chompré. VI. p. 409-410).

(2) Cf. Holdsworth — *Sources and literature of English law* (Oxford-Clarendon Press — 1925) p. 30.

(3) Bentham, *Fragment on Government*. Préface p. 41. Voici d'ailleurs le passage en entier : « Il a été le premier de tous les juriconsultes à enseigner à la doctrine à parler la langue des étudiants et des gentlemen, le premier, il a mis un vernis sur cette langue rugueuse, et l'a nettoyée de la poussière et des toiles d'araignée qui règnent dans les cabinets des hommes de loi. S'il ne l'a pas enrichie de toute la précision que l'on peut tirer du pur trésor des sciences, il l'a cependant parée des ornements de l'érudition classique, l'a animée de métaphores et d'allusions, et l'a appropriée à l'instruction des milieux les plus variés et les plus délicats en s'attachant à les divertir. Le mérite auquel cet ouvrage doit sa réputation est avant tout l'enchanteresse harmonie du style, car l'homme se laisse si facilement gouverner par l'oreille que ce mérite est suffisant pour conférer la célébrité à un ouvrage sans autre valeur. »

(4) Cf. Holdsworth. op. cit. p. 27.

contentés de juxtaposer des solutions, sans les justifier ni les ordonner (1), il chercha à faire apparaître des vues d'ensemble sur ce domaine sans perspective. Embrassant d'un coup d'œil le droit anglais tout entier, le droit public comme le droit privé, il en fit une synthèse; son ouvrage n'était plus un exposé compact de lois enchevêtrées, il ne s'adressait plus aux seuls étudiants qui avaient pour but une carrière judiciaire, c'était une œuvre scientifique, destinée à tous les esprits cultivés (2). BLACKSTONE déplorait en effet l'indifférence de ses contemporains à l'égard du droit de leurs pays, il lui semblait surprenant que des citoyens, participant à l'administration des affaires publiques, vécussent dans l'ignorance des lois qui protégeaient leurs libertés civiles et politiques contre l'arbitraire du pouvoir (3). « Tout Anglais, disait-il, est intéressé au maintien de nos lois, il en doit, par conséquent, connaître toutes les dispositions qui le concernent immédiatement » (4). Son dessein était donc d'entreprendre une œuvre de vulgarisation autant qu'une œuvre d'enseignement. C'est pourquoi, en dépit du titre donné à son ouvrage, il ne fit pas à proprement parler des commentaires sur les lois de l'Angleterre. Voulant donner un aperçu général du droit anglais, il ne s'attacha pas aux détails des dispositions légales, seuls, les principes généraux devaient être mis en relief; et, pour ne pas réduire son livre à un exposé de principes arides et ennuyeux, il éclaira de notions historiques la marche des institutions,

---

(1) Parmi les ouvrages antérieurs à ceux de BLACKSTONE, il faut pourtant citer, à côté de ceux de Spelman (1564-1641) la « *Nomotechnica* » de Finch (1627) qui, par son essai de mise en ordre du droit anglais, fut, pour notre jurisconsulte, d'un grand secours dans la réalisation de son entreprise.

Cons Holdsworth — *History of English law*. Vol. V. pp. 399 à 401 et p. 404.

(2) Le but poursuivi par BLACKSTONE ressort nettement de l'avis par lequel il annonçait l'ouverture de son cours. La première phrase de cet avis est ainsi libellée : « Ce cours n'est pas créé à l'intention de tels élèves de l'Université qui se destinent aux professions judiciaires, il s'adresse à tout homme désireux de se familiariser avec la Constitution et la Politique de son pays ». Cf. Dicey. *National Review*. Décembre 1909, p. 666.

(3) Commentaires. Introduction. Sect. I : « De l'étude des lois ».

(4) Introduction, ch. I « De l'étude des lois » p. 5 (Compré I, p. 8).

il rechercha l'appui de théories philosophiques, et il expliqua le développement de la science juridique par des vues constitutionnelles et politiques. Une œuvre aussi compréhensive était difficile à concevoir sur un plan d'ensemble; BLACKSTONE parvint cependant à en réaliser une expression scientifique. Adoptant le thème original qu'il avait esquissé, au début de son enseignement, dans son « *Analysis of the Laws of England* » (1), il sépara les droits de leurs sanctions et il exposa successivement, pour les opposer l'un à l'autre, les droits, tels qu'ils étaient reconnus et protégés par la loi, et la violation de ces droits, les manquements à la loi. Il étudia d'abord les droits, qu'il divisa d'après la tradition romaine en droit des personnes et en droit des choses, il passa ensuite à l'examen des dommages, des délits, qu'il sépara en délits privés et délits publics, l'ouvrage comprit donc quatre parties, auxquelles correspondaient ces 4 chefs distincts (2). Il se terminait par un chapitre sur le progrès et les améliorations successives de la législation anglaise au cours des âges.

Ce cadre ingénieux se prêtait de la manière la plus heureuse à un exposé systématique de toutes les branches du droit. On a reproché à BLACKSTONE de n'avoir pas consacré au droit public, au droit ecclésiastique, à la procédure civile, tous les développements qu'ils auraient dû comporter, mais ce sont là des critiques de détail, étant donné l'immensité de son entreprise. Avant lui, c'était le chaos, avec lui, nous assistons à la genèse du droit anglais, au 18<sup>e</sup> siècle, la science juridique se constitue en Angleterre, et le mérite en restera toujours à BLACKSTONE; le premier, il a réalisé un ouvrage vraiment organique, sur un plan considéré aujourd'hui encore comme l'un des plus scientifiques (3).

---

(1) Il avait puisé l'idée de ce plan dans l'ouvrage de Hale : « *Analysis of the Civil part of the Law* ». Cf. National Biography, V° BLACKSTONE — *Blundschli und Brater's Wörterbuch* V° BLACKSTONE. *Law Quarterly Review*. T. 39 A° 1923 p. 420 et 421 (article de Dr W. S. Holdsworth).

(2) BLACKSTONE indique le plan qu'il suivra au seuil de son ouvrage. Il le développe dans les premières pages du chapitre 1<sup>er</sup> au Livre 1<sup>er</sup>. Ce plan découle pour lui de la définition même du droit, telle que Cicéron la formula dans ses Philippiques : « le droit est une règle de la conduite civile, qui doit ordonner ce qui est juste, et défendre ce qui est injuste ».

(3) Après avoir essayé d'autres plans, on en est revenu à celui de

Avec POTHIER, le droit français ne franchit pas une étape aussi décisive. Le droit privé de la France, fixé dans ses traits généraux par la rédaction des coutumes, avait été, depuis le 16<sup>e</sup> siècle, l'objet de commentaires approfondis. Ceux de Loyseau, Lebrun et Ricard avaient élucidé bien des matières de la science juridique. Des jurisconsultes, comme Dumoulin et Domat, avaient même orienté déjà les destinées du droit français et préparé la voie au Code civil. Au 18<sup>e</sup> siècle, il ne s'agissait donc pas en France de défricher un champ resté inculte, il fallait fondre dans une vue d'ensemble les résultats obtenus par les auteurs précédents. POTHIER réalisa cet effort d'unification, mais, se conformant à la tradition de notre ancien droit, il ne chercha pas à établir une systématisation comparable à celle de BLACKSTONE. A cette époque, personne en France n'éprouvait le besoin d'un semblable ouvrage. A la différence du droit anglais, qui n'était que confusion, le droit français, très étudié, avait été divisé par les juristes en compartiments distincts, fort bien aménagés, et les divers droits y étaient nettement séparés. Le droit coutumier, en effet, même quand il était commenté sous la forme de traités généraux relatifs au droit commun du royaume, ne représentait pas le droit français tout entier (1) : les coutumes ne contenaient aucune disposition sur certaines matières, comme le mariage, qui était du domaine du droit canonique; elles laissaient de côté presque toute la théorie des obligations régie dans la France entière par le droit romain, expression écrite de la raison; elles avaient perdu force de loi sur tous les points sur lesquels les ordonnances royales avaient réalisé l'unité législative. Un aperçu général de notre ancien droit aurait donc dû embrasser, à la fois, le droit coutumier, le droit canon, le droit romain et les ordonnances royales, et chacune de ces branches du droit obéissait à des métho-

---

BLACKSTONE. M. Jenks l'a adopté dans sa dernière édition des Commentaires sur les lois de l'Angleterre.

(1) Les coutumes étaient commentées dans leur texte écrit; mais, comme elles présentaient souvent des lacunes sur certains points qui devaient être réglés par le droit coutumier, comme, par exemple, la communauté entre époux ou les successions, on fut conduit, pour suppléer à l'insuffisance de la rédaction, à élaborer un droit commun coutumier, dont l'expression finit par être trouvée dans la coutume de Paris, la plus importante et la mieux faite.

des différentes : l'étude du droit coutumier était surtout une œuvre de praticiens : le droit romain, au moins dans la matière des obligations, offrait un champs plus vaste à des discussions théoriques de caractère abstrait, le droit canonique était réservé aux officialités, et les ordonnances traitaient seulement de sujets isolés avant que, sous l'impulsion de d'Aguessau, on ne réunît en trois ordonnances célèbres la matière des actes à titre gratuit (1). Par conséquent, il était contraire au particularisme d'un tel système de fondre dans une œuvre unique des matières étudiées jusqu'alors avec des états d'esprit différents, et qui avaient donné, chacune dans leur genre, des ouvrages approchant de la perfection. C'est pourquoi POTHIER, adoptant les cadres tracés par ses devanciers, écrivit des traités séparés. Mais, afin de donner à notre droit un aspect plus homogène, il ne respecta pas cette division du travail juridique qui avait été jusqu'à lui presque toujours observée. Ses divers traités se présentent, en effet, comme les chapitres d'un même ouvrage, embrassant l'ensemble des matières alors enseignées dans les Universités : l'idée de POTHIER était de refaire une encyclopédie du droit, et cette pensée ne peut nous surprendre au 18<sup>e</sup> siècle. Peut-être la science juridique française y a-t-elle perdu en originalité : des auteurs comme Ricard, Lebrun, Renusson réalisaient sans doute un type plus accompli des qualités propres au génie de notre droit coutumier; Cujas, dans ses travaux sur le droit romain, Domat, dans ses études philosophiques, s'étaient sans doute montrés plus savants et plus profonds; les traités de Savary, de Valin et de Jousse pouvaient contenir des commentaires plus autorisés de certaines ordonnances royales, mais l'œuvre de POTHIER formait un recueil presque complet de la science du droit (2), et, avec son caractère d'universalité, elle présentait l'avantage d'avoir été rédigée par un seul auteur qui, dans toutes les parties, avait obéi à la même méthode, et qui avait apporté dans ses études successives, la même simplicité de vues et la même clarté d'expression. Après lui, il était donc possible d'étudier le droit dans un ouvrage unique qui devenait rapidement familier. Cet ouvrage n'était pas construit

---

(1) Les grandes ordonnances de Colbert avaient aussi réalisé de véritables codifications.

(2) Elle contenait le droit civil en entier.

comme celui de BLACKSTONE sur un plan rigoureux : il était formé de travaux distincts sous chacune des grandes rubriques de notre droit, et ces travaux, entrepris à l'origine pour un usage strictement personnel (1), conservèrent leur caractère fragmentaire lorsque l'auteur les livra au public. La suite chronologique de l'apparition de ces Traités montre bien que POTHIER ne s'était pas assujetti, en les publiant, à un système préconçu : il semble qu'il se soit contenté de les faire imprimer au fur et à mesure qu'ils étaient prêts (2). Mais, si l'ordre qu'il a suivi ne s'impose pas, et si son œuvre est moins un acte continu qu'une série d'actes isolés, ce morcellement ne nuit pas à l'ensemble : POTHIER n'avait pas, comme BLACKSTONE, un chaos à débrouiller, sa tâche consistait surtout à mettre en œuvre les matériaux déjà préparés par ses devanciers. Pour donner une vue générale de notre droit, il suffisait d'opérer comme les juriconsultes précédents, en rédigeant des traités séparés qui pussent s'emboîter les uns dans les autres pour constituer un même édifice : c'était plutôt un travail d'ajustement, les idées générales n'y avaient pas une part nécessaire, l'histoire n'avait aucun rôle à y jouer, ni la philosophie, ni la politique.

On ne peut exposer le caractère et les tendances de deux grands esprit qui ont vécu au 18<sup>e</sup> siècle sans faire appel à leurs opinions politiques : c'est pendant cette période que se firent jour les grandes conceptions d'où sont nées nos sociétés modernes. Mais, s'il est difficile de traiter des opinions politiques de BLACKSTONE, la tâche

---

(1) Il en faut cependant excepter son Commentaire de la coutume d'Orléans que POTHIER avait toujours destiné à l'impression. Cf. Frémont. *Op. cit.* p. 151.

(2) Voici l'ordre d'apparition des Traités de POTHIER sur le droit français : 1761, Traité des obligations. 1762, Contrat de vente. 1763, Contrat de constitution de rente. 1764, Contrat de louage. 1765, Contrat de louage maritime et contrat de société. 1766-67, Contrats de bienfaisance. 1768, Contrat de mariage. 1769, Traité de la communauté. 1770, Traité du douaire. 1771, Traité du droit d'habitation. 1772, Traité du droit de domaine. Ses œuvres posthumes portent sur les fiefs et censives, sur la garde noble et bourgeoise, sur les successions, sur les donations testamentaires, sur les donations entre vifs et sur la procédure civile et criminelle.

est à peu près impossible pour POTHIER, volontairement resté à l'écart des grands mouvements du siècle.

Au début du 18<sup>e</sup> siècle, l'Angleterre apparaissait à des Français curieux et indépendants, comme la terre promise de la liberté : dans ses « *lettres sur l'Angleterre* » (1) Voltaire nous fait un tableau idéal de la vie anglaise, avec ses libertés publiques, l'égalité de tous devant l'impôt, et les limites apportées par le Gouvernement représentatif à l'autorité absolue du Roi; de même, Montesquieu se montre fort admirateur de la constitution anglaise et le régime qu'il préconise est en réalité le régime parlementaire, tel qu'il fonctionnait alors de l'autre côté de la Manche. Tous deux ont d'ailleurs beaucoup emprunté à Locke, qui était à cette époque le représentant du libéralisme anglais, et c'est dans « *l'Essai sur le gouvernement civil* » qu'ils semblent avoir puisé leurs principales convictions politiques. Celles de Montesquieu ont sans doute été exprimées plus scientifiquement, mais l'un et l'autre sont dominés par cette idée que la morale seule doit fixer les limites de notre liberté philosophique, que, civilement, cette liberté doit être contenue par celle qui appartient à autrui, et que, légalement, elle n'existe que dans les cadres tracés par la loi. Quant à la liberté politique, elle consiste à ne pas s'asservir à un pouvoir absolu qui brise la liberté civile et méconnaît la liberté légale en transgressant les lois (2), cette liberté politique ne peut être sauvegardée que par une séparation absolue des pouvoirs, telle qu'elle fonctionnait en Angleterre (3).

On ne trouve, dans l'œuvre de POTHIER, aucun écho de ces doctrines qui pouvaient paraître en France très hardies, nous ignorons même si elles sont parvenues jusqu'à lui, et l'on est en droit de douter qu'il les ait connues ou qu'il s'y soit intéressé (4). POTHIER n'a jamais été qu'un pur civiliste, car l'étude du droit public a été

---

(1) Lettres 8 à 10.

(2) V. sur ce point l'esprit des lois L. XI. ch. 1 à 6. Cf. Beudant. *Le droit individuel et l'Etat*, p. 106 et pp. 119 et suiv.

(3) Sans aller aussi loin que Montesquieu, Voltaire était, lui aussi, partisan d'une séparation des pouvoirs : il se réjouit de la suppression des Parlements qui séparait le pouvoir judiciaire du pouvoir politique. Cf. Lanson, *Voltaire*, p. 187.

(4) Aucun ouvrage des encyclopédistes ne figurait dans la bibliothèque de POTHIER. Frémont Op. cit. p. 233.

séparée chez nous de bonne heure de l'étude du droit privé. La politique était abordée au 18<sup>e</sup> siècle par les seuls philosophes (1) : elle ne pouvait trouver un terrain d'élection dans les milieux judiciaires, parce que leur résistance à l'autorité royale s'était depuis longtemps cantonnée dans des controverses qui n'intéressaient plus la masse du pays; le droit public était fermé aux théoriciens du droit pendant cette période qui marque en France l'apogée de la puissance royale (2). Sous le régime de la monarchie absolue, les principes du droit public ne pouvaient supporter de discussion : les tentatives isolées en faveur d'un certain libéralisme, comme celles de Fénelon et de Vauban n'aboutissaient qu'à la disgrâce de leurs auteurs. On comprend donc que les juristes aient cessé à cette époque de développer des théories politiques, et qu'ils se soient bornés à traiter du droit privé, dont l'étude était restée libre, puisque cette science découlait des coutumes et des règles romaines qui n'empruntaient rien de leur autorité à la volonté royale. D'autre part, le droit public n'avait à cette époque aucune indépendance parce

---

(1) C'est pour cette raison qu'on confond généralement les idées politiques, qui se font jour à cette époque, avec les idées philosophiques. Politique et philosophie sont, en effet, mêlées à chaque instant dans l'œuvre des encyclopédistes, et, quand on parle des opinions qui ont conduit au régime politique de la Révolution, on parle souvent des idées philosophiques des auteurs du 18<sup>e</sup> siècle.

(2) Jusqu'à la fin du 16<sup>e</sup> siècle, les principes rivaux de l'autorité et de la liberté ont été tour à tour développés par les auteurs. Pendant le cours du moyen-âge, les canonistes, et en particulier Saint-Thomas d'Aquin, ont construit des doctrines tendant à limiter le pouvoir royal, en envisageant la royauté comme un office. « Le Roi, disait St-Thomas d'Aquin, est fait pour le royaume, et non le royaume pour le Roi ». Contre les canonistes, la monarchie dressa l'œuvre des légistes qui établissait l'autorité absolue du roi en s'appuyant sur les principes du droit romain. Dans la deuxième moitié du 16<sup>e</sup> siècle, on vit apparaître une école qui avait pour but de développer la théorie d'une monarchie constitutionnelle soumise à la loi : c'était l'école des monarchomaques composée surtout de protestants dominés par les passions religieuses du moment. En face de ces juristes, dont le plus célèbre fut François Hotman, Jean Bodin oppose l'idée d'une monarchie absolue de droit divin. A partir de cette époque, on ne rencontre plus guère d'auteurs ayant traité des libertés publiques, seuls Loyseau et Le Bret s'occupent de droit public, et encore se montrent-ils tous deux partisans déclarés de l'absolutisme.

que la juridiction administrative était exercée par le conseil du Roi lui-même. Les Parlements français, et en particulier le Parlement de Paris, étaient, il est vrai, les gardiens des lois fondamentales du royaume, mais ils n'exerçaient en fait leurs attributions que pour assurer le respect des règles concernant la transmission héréditaire de la couronne, et pour fixer les pouvoirs des régentes lors des minorités de rois. Le principe en vertu duquel le Roi aurait été obligé d'obtenir leur assentiment pour lever de nouvelles contributions avait souffert bien des exceptions (1), il fut écarté de bonne heure, et les Parlements n'en purent faire le centre de leur résistance à l'autorité du Roi. Le droit public ne pouvait donc comprendre à cette époque qu'une étude très limitée : les sujets du royaume ne jouissaient d'aucune liberté politique.

En Angleterre, au contraire, la science juridique était étroitement mêlée aux libertés publiques. C'était à propos du droit pénal, à propos de l'exercice du droit de justice et du droit d'emprisonnement que les premières libertés avaient été conquises, et cette liberté individuelle, assurée par la Grande Charte, avait encore été renforcée, à la fin du 17<sup>e</sup> siècle, par le bill d'*Habeas Corpus*, qui mettait l'indépendance des individus sous la protection directe des autorités judiciaires : l'organisation de la justice civile et criminelle s'était donc développée, comme une garantie toujours plus grande accordée aux citoyens. D'un autre côté, l'habitude des grands débats parlementaires, la nécessité de faire intervenir dans les assemblées politiques des hommes versés dans la science du droit, tout poussait les Anglais à donner à leurs juristes un rôle prépondérant dans le développement des libertés publiques : aussi voit-on les jurisconsultes les plus éminents avoir leur place marquée à la Chambre des Communes. BLACKSTONE, qui fut magistrat et député, devait inévitablement s'intéresser à ces libertés politiques qui étaient l'œuvre des corps judiciaires et du Parlement. Il appartenait d'ailleurs à cette classe moyenne, attachée aux lois constitutionnelles du 13<sup>e</sup> siècle, qui voulait sauvegarder le privilège du peuple tout en maintenant la prérogative royale, et il faisait partie de cette faction poli-

---

(1) Cette règle avait été en Angleterre l'origine des libertés publiques. Elle avait été proclamée par la Grande Charte imposée à Jean-sans-Terre.

tique des Whigs qui avait fait, avec Guillaume d'Orange, la Révolution de 1688 (1). Ce n'est pas à dire que BLACKSTONE ait joué un rôle politique à proprement parler, mais il est certain que la préoccupation d'exposer les garanties des droits individuels, telles qu'elles existaient dans les règles constitutionnelles de son pays, devaient animer son œuvre tout entière (2) : il ne serait pas représentatif de son temps s'il n'avait essayé de faire ressortir le caractère original du droit anglais, le seul qui ait eu pour but la protection des libertés civiles et politiques (3), et s'il n'avait fait une place dans son œuvre au droit criminel et au droit constitutionnel, sans lesquels le développement de cette législation n'aurait pu se comprendre, puisque c'est par la pratique judiciaire et par le régime parlementaire que se sont affirmées les libertés caractéristiques de l'Angleterre.

BLACKSTONE était donc à ce point de vue beaucoup plus original

---

(1) BLACKSTONE était un esprit éminemment conservateur. Très attaché à la Constitution de son pays, il ne sympathisait pas avec les Whigs de son époque, dont les opinions étaient beaucoup plus avancées que celles du siècle précédent : le système de corruption, inauguré par Walpole lui répugnait, et il n'était pas partisan de la limitation de l'autorité royale, au profit de la souveraineté du peuple. S'il désirait que « la Constitution du Parlement fût maintenue dans toute sa vigueur, et que des limites précises fussent posées à la prérogative royale pour empêcher que les libertés civiles et politiques des Anglais ne fussent violées » (Commentaires, livre I, ch. 1<sup>er</sup>, Chompré. T. I, p. 250), il voulait aussi que « Le Roi fût absolu dans l'exercice de sa prérogative royale » (L. I ch. 7, Chompré I, p. 458). Il déplorait donc l'effacement de la royauté sous les deux premiers George : la façon dont il célébrait la prérogative de la couronne dans ses Commentaires avait vivement frappé le jeune George III qui, on le sait, avait étudié le droit sur le manuscrit de BLACKSTONE. On peut même dire que ce fut cette lecture qui, jointe à celle du « Roi patriote » de Bolingbroke, déterminait George III à rétablir le système du Gouvernement personnel (Cf. Lavis et Rambaud, Histoire générale T. VII, p. 873). Sans être jacobite, BLACKSTONE se rapprochait donc des Tories comme la plupart des Universitaires de son époque. C'est avec cette nuance qu'il siégea au Parlement. C'est à ces opinions modérées qu'il faut également attribuer sa nomination aux plus hautes fonctions de la magistrature.

(2) Voir notamment L. I. ch. I (Chompré T. 1<sup>er</sup>, pp. 222 et suiv. 234 et suiv.) et L. IV, ch. 33 (Chompré T. VI).

(3) Introduction. Sect. 1<sup>re</sup>. De l'étude des lois (Chompré I, p. 7).

que POTHIER : ce dernier, en effet, à l'imitation des jurisconsultes romains, uniquement occupés à régler des intérêts privés, avait mis son ambition à séparer la science juridique des circonstances politiques qui l'entouraient. Son œuvre, ainsi plus abstraite et plus théorique, devenait aussi plus impersonnelle : POTHIER ne pouvait être suspecté de partialité pour un régime politique déterminé ; son influence ne pouvait donc que grandir le jour où l'on devait chercher un modèle pour rédiger le Code civil, œuvre de transaction entre des systèmes législatifs très opposés : ceux de l'Ancien Régime et de la Révolution.

POTHIER, resté étranger aux grands mouvements de son siècle, ne prit aucune part dans la lutte entre Jésuites et Jansénistes. Pourtant, admirateur de Pascal et de Nicole, neveu et intime ami du Chanoine Pichard, Janséniste convaincu, il s'était rallié à la doctrine de Port-Royal : la hauteur morale, le rude ascétisme des enseignements des solitaires convenaient à cet homme de mœurs austères et d'idéal élevé : la clarté, l'évidence logique recherchée par les théologiens étaient au gré de son esprit (1). Mais, Janséniste de cœur, POTHIER ne fut pas un militant, et il n'entra jamais dans le parti d'opposition que formait alors cette secte religieuse ; l'esprit frondeur du Jansénisme explique son succès dans le Parlement et dans le pays, il nous fait peut-être comprendre pourquoi POTHIER ne joua aucun rôle dans les querelles religieuses de son temps (2). Ses ouvrages, dans lesquels toutes les questions sont pourtant examinées du point de vue de la conscience, ne portent aucune trace de ses convictions théologiques, nous y retrouvons seulement la discipline intellectuelle de Port-Royal, telle qu'elle se traduisit dans les méthodes d'enseignement des Petites Ecoles : la simplicité, la clarté de la pensée et du style qui firent le succès de la « Logique de Port-Royal » font aussi le mérite de l'œuvre de POTHIER.

---

(1) POTHIER fut pourtant élève des Jésuites. Il assista dans leur collège d'Orléans, le Prieuré de St-Samson, à des mesures d'exécution contre le Jansénisme : en 1710, les ouvrages de Port-Royal furent brûlés par les Jésuites, en présence de leurs élèves, dans la chapelle de leur maison. Cf. Frémont, pp. 14-15.

(2) C'est en sa seule qualité de magistrat que POTHIER participa à l'expulsion des Jésuites. Le Présidial d'Orléans exécutait seulement les arrêts du Parlement de Paris.

BLACKSTONE n'appartint pas à ce groupe de Puritains, qui, par l'austérité de sa morale et par la rigidité de ses principes s'apparentait au Jansénisme. Très attaché aux dispositions de la Constitution de l'Angleterre, telles qu'elles étaient définies dans la Pétition des droits de 1628 et dans la Déclaration des droits de 1688, il était également un membre de l'Eglise anglicane (1) : son esprit conservateur le soumettait encore au bill des 39 articles, cependant discuté par ses contemporains (2). Très intransigeant dans le domaine de la foi, grand admirateur de la politique de persécutions adoptée par Elisabeth et Jacques 1<sup>er</sup> contre les dissidents, il s'était emporté dans la première édition de ses commentaires (3) contre les doctrines non-conformistes, réprouvant toutes mesures d'indulgence. Ces excès, qui tranchaient singulièrement avec ses habitudes d'impartialité et de modération, l'engagèrent dans une controverse avec Priestley, ardent défenseur des catholiques (4), ils lui valurent même une âpre réponse du Dr Furneaux au sujet de l'acte de tolérance promulgué par Charles II et que BLACKSTONE avait flétri. Notre jurisconsulte modifia les passages incriminés dans les éditions ultérieures, il conserva néanmoins le ton d'animosité qu'il avait adopté contre les

(1) Ce trait achève de le rapprocher des Tories du XVIII<sup>e</sup> siècle; les Whigs de cette époque voulaient en général la liberté pour toutes les sectes protestantes. Le monde universitaire, qui était tory, était aussi pour l'Eglise établie : Oxford, notamment, était la citadelle de l'Anglicanisme, c'est de cette Université que partit le grand mouvement Wesleyen qui marque, en Angleterre, le réveil du sentiment religieux.

(2) Lord Mansfield, ami de BLACKSTONE, était partisan de la tolérance. Il s'était joint à l'activité qui se faisait alors, pour que l'adhésion à la confession de 1562 ne fût plus obligatoire.

(3) Commentaires, 1<sup>re</sup> édition. L. IV. ch. IV. pp. 50 à 54.

On lit notamment p. 51 de cette édition : « On peut considérer que les déclamations virulentes d'hommes hargneux et obstinés au sujet de questions si souvent réfutées, et à l'égard desquelles la préface de la liturgie est elle-même une perpétuelle réfutation, n'ont d'autres dessein que de troubler les consciences et d'empoisonner l'esprit du peuple. »

Cette phrase a disparu des éditions ultérieures dans les remaniements que BLACKSTONE apporta à ce passage à la suite de sa controverse avec Priestley.

(4) V. sur cette controverse Yale-law-Journal. (March 1918 p. 616 à 618, article de William Blake-Oggers).

catholiques (1), et qui se comprend aisément chez un Protestant anglais du XVIII<sup>e</sup> siècle (2).

De même que, sans avoir été des théologiens, BLACKSTONE et POTHIER n'ont pu rester à l'écart des conflits religieux de leur temps, de même, sans avoir été à proprement parler des philosophes, ils ont subi l'influence des doctrines philosophiques qui dominaient dans leur pays, à l'époque où ils ont écrit : consciemment ou non, le juriste est obligé de prendre parti sur certains grands problèmes que soulève la science du droit.

En France, au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, la philosophie de Descartes était encore toute puissante : maintenue par Fontenelle, elle n'avait pas encore subi le choc de l'empirisme anglais (3), et tous les esprits étaient imprégnés de cartésianisme (4). On trouve dans POTHIER la marque du système rationaliste : outre l'influence indirecte de cette tendance, qui était celle de la société intellectuelle tout entière, notre juriconsulte avait subi l'ascendant des auteurs de Port-Royal qui s'étaient approprié la méthode cartésienne.

La doctrine de Descartes repose sur l'intuition et sur la déduction, ces deux moyens seuls permettant d'atteindre à la connaissance de la vérité. L'intuition fournit à l'esprit ces notions claires et distinctes qui sont à la base de tout raisonnement, et ces idées claires et distinctes, innées, fournies par la raison, doivent avoir un caractère d'évidence absolue, c'est-à-dire être telles que tout esprit doive y adhérer, s'il est suffisamment affranchi de toute autorité, et s'il est doué d'assez de volonté pour bannir les préjugés ou les inté-

---

(1) Cf. L. IV. Ch. IV (Chompré T. V. p. 264 et pp. 275 et suiv.). L. IV. Ch. I (Chompré T. V, p. 216) L. IV. Ch. 28 (Chompré T. VI, p. 282 et 287).

(2) Le mouvement Wesleyen avait ranimé le fanatisme antipapiste, entretenu par le souvenir des complots du siècle précédent. (BLACKSTONE Commentaires L. IV. Ch. IV (Chompré T. V, p. 280) Le régime d'exception, imposé aux Catholiques anglais, ne prit fin qu'en 1839.

(3) C'est surtout Voltaire qui répandit cette nouvelle philosophie en France, par ses éloges enthousiastes de la méthode empirique. Cf. Lettres sur l'Angleterre (XII à XVII) sur Bacon, Locke et Newton.

(4) Le système de Descartes est encore très influent à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Malgré les apparences, les philosophes relèvent encore de lui par le rôle qu'ils attribuent à la raison.

rêts qui l'aveugleraient. Puis, pour parvenir à la connaissance de notions plus complexes, également certaines mais peu évidentes, il faut les décomposer, les déduisant des principes vrais et incontestés par un mouvement continu de la pensée.

Basée sur l'évidence, la philosophie cartésienne exaltait donc le rôle de la raison et de la volonté. Nous retrouvons des traces de ce système dans l'œuvre de POTHIER. — POTHIER part d'idées simples qu'il pénètre par intuition, et de ces notions claires et distinctes qui reposent sur l'évidence, il déduit les conséquences plus obscures et plus complexes en divisant les difficultés et en montant, comme par degrés, jusqu'aux questions les plus compliquées. Il emploie donc une méthode analytique rigoureuse, qui rappelle, comme le voulait Descartes, les démonstrations mathématiques. POTHIER ne paraît pas très préoccupé des applications pratiques, il cherche plutôt les vérités rationnelles que les explications tirées des faits eux-mêmes, le droit lui semble une science plus subjective qu'objective. Sa seule ambition est de raisonner juste, et son unique prétention d'arriver à la connaissance d'une vérité définitive ayant une valeur et un empire absolus : sous sa forme purement juridique, son système possède une véritable portée métaphysique.

Locke a exercé sur BLACKSTONE une influence comparable à celle que Descartes eût sur POTHIER. Depuis François Bacon, la philosophie anglaise avait pris une orientation originale, très différente de celle de la philosophie du continent : contestant l'infailibilité des systèmes rationalistes, et dénonçant la vanité des abstractions, Bacon voulait substituer l'observation à l'hypothèse et l'induction au syllogisme. Loin de débiter par l'abstrait et le général, et d'opérer par déduction, selon lui, il faut, pour parvenir à la vérité, se baser sur le particulier et le concret, c'est-à-dire sur des faits révélés par l'expérience, et s'élever graduellement, par des méthodes inductives, de la connaissance de ces faits à la recherche de leurs causes et de leurs lois.

Sans être un véritable disciple de Bacon, Locke reprit cette méthode empirique et l'appliqua au domaine de la psychologie. Repoussant le principe de l'innéité professée par Descartes, il montra que nos idées dérivent seulement de l'expérience, rien ne préexistant aux sensations qui fournissent les premiers éléments qu'élabore ensuite la réflexion.

Dans cette philosophie, la raison est rabaissée : la science et la pensée sont tirées des données contingentes de l'expérience : Pas de notions à priori, pas de métaphysique; les Anglais, fort soucieux des réalités, inaugurent un système objectif dans lequel on s'efforce avant tout d'observer et de décrire : leur véritable domaine est celui de l'analyse psychologique basée sur l'interprétation des faits. Aussi, ne devons-nous pas chercher dans BLACKSTONE des systèmes logiques et des déductions savantes : il ne part pas de principes évidents sur lesquels il étaye des raisonnements logiques, il se contente d'observer les précédents pour en dégager les traits communs, et il cherche à introduire, dans le chaos des dispositions coutumières du droit anglais, des divisions faciles à saisir et qui correspondent à la nature des choses. Appliquant ainsi au droit anglais les méthodes empiriques anglaises, il a sauvegardé son originalité; il l'eût défiguré s'il avait prétendu le ramener à des conceptions idéales, conséquences logiques d'un point de départ posé dans l'abstrait.

La philosophie cartésienne, absorbée par la recherche de la pure raison, n'avait fait aucune place à la politique. La philosophie anglaise du XVIII<sup>e</sup> siècle, au contraire, portée vers les données de l'expérience, ne pouvait négliger les faits sociaux. Cette différence, on l'a vu, sépare également BLACKSTONE et POTHIER. Alors que POTHIER laisse délibérément de côté le problème de l'origine et du fondement de la souveraineté, BLACKSTONE admet la théorie du contrat social (1) et emprunte à Locke sa conception libérale de l'orga-

---

(1) BLACKSTONE ne croit pas à un pacte formel conclu entre les premiers hommes, il admet l'hypothèse d'un contrat social implicite : « Quoique l'origine des sociétés ne provienne pas formellement de conventions d'individus, déterminés par le besoin et par la crainte, c'est néanmoins le sentiment de leur faiblesse et de leur imperfection qui retient les hommes en société, qui leur démontre la nécessité de cette union, et qui est, par conséquent, le fondement solide et naturel, ainsi que le ciment de la société civile... Le contrat social est supposé, il est compris dans le fait même de l'association. » [Comm. Introduction, Sect. 2 De la nature des lois (Chompré I, p. 71)]. Il déclare, avec Locke, que ce contrat social ne confère pas l'omnipotence à l'Etat, l'Etat doit seulement protéger les individus qui, en échange, se soumettent à sa volonté : « le corps de la société assure les droits de chaque membre individuel, et, en retour de cette protection, chaque

nisation de la société civile : le rôle des pouvoirs publics consiste à garantir à l'homme la jouissance de ses libertés naturelles (1), celles-ci ne devant être restreintes par les lois humaines que dans les limites rendues nécessaires par les exigences de la vie commune (2).

Pour justifier leur état politique, les Anglais avaient donc adopté, au XVIII<sup>e</sup> siècle, une doctrine de droit naturel qui transparaît dans les Commentaires de BLACKSTONE. L'œuvre de ce jurisconsulte prend ainsi, à de certains points de vue, un caractère de dogmatisme philosophique qui manque à celle de POTHIER. Cela va nous apparaître plus clairement encore, si nous recherchons quelle fut l'influence de la philosophie du droit sur chacun de nos deux auteurs.

En France, le XVII<sup>e</sup> siècle avait été par excellence le siècle des classiques. Les esprits, uniquement préoccupés d'atteindre un idéal de perfection, s'assujettissaient à des règles rigoureuses qui contenaient la liberté, la fantaisie, et limitaient assez étroitement le champ des investigations : les genres étaient nettement tranchés, les méthodes rigoureusement définies. Mais, si cette contrainte avait permis d'obtenir des œuvres sans défauts, elle avait aussi privé les auteurs les plus originaux de la meilleure partie de leurs facultés.

individu se soumet aux lois de la communauté ». Comm. Introduction Sect. 2. De la nature des lois (Chompré I, p. 72).

C'est sur le contrat social que BLACKSTONE fonde la propriété (Comm. II. 1). C'est ce même contrat qui constitue à ses yeux le fondement du droit de punir (Comm. IV, 1) Chompré T. V, p. 203). Cf. Glasson. V. 399.

(1) « Le but principal de la société est de protéger les individus dans la jouissance des droits absolus dont les ont investis les lois immuables de la nature ». (L. I, ch. 1 (Chompré T. II, p. 212). Conformément à la théorie de Locke, ces droits absolus sont ceux qui constituent les libertés individuelles à l'état de nature (L. I, ch. 1 (Chompré T. II p. 213) état où l'homme est uniquement régi par les lois de la morale. « Les lois de la nature sont l'expression de la volonté de Dieu... ce sont les lois éternelles et immuables du bien et du mal... Voilà ce que nous appelons la morale ou loi naturelle ». Introduction. Sect. 2 : de la nature des lois (Chompré T. I, p. 58 et 60).

(2) « La liberté politique ou civile, qui est celle d'un membre de la société, n'est autre chose que la liberté naturelle, restreinte par les lois humaines autant, mais autant seulement qu'il est nécessaire et convenable pour l'avantage général de la société ». Comm. I, ch. 1 (Chompré T. I, p. 214).

Le XVIII<sup>e</sup> siècle devait marquer une réaction très vive contre ce système en inaugurant l'ère de la libre recherche : les règles arbitraires, posées par le siècle précédent, sont rejetées et l'on revient à l'observation de la nature : c'est ce qu'on a appelé l'esprit philosophique de ce siècle. Il suffit de se libérer de la discipline classique pour prendre le nom de philosophe : Voltaire, Montesquieu, Rousseau, tous les encyclopédistes se parent de ce titre.

La science juridique ne pouvait échapper à ce grand mouvement, à cet effort d'affranchissement de la pensée qu'on voulait étendre à toutes les branches de la connaissance. L'esprit philosophique, pénétrant dans le domaine du droit, cherche à créer un droit né de l'observation de l'état de nature : il préconise l'avènement du droit naturel, le seul qui puisse faire régner sur le monde la liberté et la justice.

Au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, à une époque où le principe de l'absolutisme demeurait incontesté, ces idées ne pouvaient se développer en France avec ampleur. Les institutions judiciaires, établies sous l'empire d'opinions toutes différentes dressaient contre les théories nouvelles un obstacle difficile à écarter : le principe de la justice retenue, encore très vivace dans notre pays, était inconciliable avec la notion d'un droit naturel.

On conçoit donc que POTHIER soit resté en dehors de ce mouvement philosophique ; à l'époque où il a vécu, les doctrines nouvelles n'avaient en France qu'un faible retentissement, et elles pouvaient paraître subversives à un modeste magistrat de province.

Il en fut tout autrement pour BLACKSTONE : ses résidences à Londres, sa vie politique, devaient l'amener à connaître cette nouvelle philosophie du droit qui trouvait en Angleterre, dans un pays à tendances libérales, un terrain d'élection. Outre l'influence de Locke, il avait subi également celle des philosophes du continent. Il avait lu Montesquieu et il s'en inspire souvent quand il traite des questions de droit public : il était sensible à l'admiration de l'auteur français pour le régime politique de l'Angleterre (1), il lui emprunta

---

(1) Voici par ex. ce que dit BLACKSTONE, au ch. 1, du L. I in fine : « Montesquieu n'a pas hésité à déclarer, même au sein de son pays, que l'Angleterre est la seule nation, dans le monde, dont la constitution ait pour but direct la liberté civile et politique.

en matière pénale sa théorie de l'utilité sociale (1), qu'il combina avec la notion du contrat social pour légitimer le droit de punir appartenant à la Société. Il connaissait Hobbes (2) Grotius, Puffendorf, Beccaria (3), il reproduisit même certains passages de Burlamaqui (4). Mais BLACKSTONE ne suivit aucun de ses auteurs dans la plénitude de leurs systèmes, il leur emprunta seulement quelques idées éparses. Pour BLACKSTONE, il existe un droit naturel « qui concerne l'homme comme créature, et lui assigne ses devoirs envers Dieu, envers lui-même, envers le prochain considéré isolément comme individu » (5). A côté de ce droit de nature, le pouvoir social a créé un droit civil qui considère « l'homme en tant que citoyen, et qui lui prescrit, envers ses concitoyens, d'autres devoirs que ceux de la simple nature, devoirs auxquels il s'est soumis pour jouir

(1) Comparer le L. IV. ch. 1<sup>er</sup> des Comm. de BLACKSTONE et le L. VI. ch. 9 et suiv. de l'Esprit des lois. Pour BLACKSTONE, comme pour Montesquieu, le but des lois pénales est, avant tout, de « prévenir les crimes pour l'avenir » [Comm. IV, ch. 1 (Chompré T. V, p. 208) — Comp. Esp. des lois. VI, ch. 9]. Pour y parvenir, il ne faut pas prononcer de peines trop sévères : « l'excessive rigueur des lois s'oppose à ce qu'elles soient exécutées ». [Comm. IV, ch. 1 (Chompré T. V, p. 215) — Comp. Esp. des lois VI, ch. 13 in fine]. Les peines doivent être graduées selon la nature des crimes [Comm. IV, 1 (Chompré T. V, p. 217) — Esprit des lois VI. 16]] de façon à être toujours prononcées. La criminalité provient plus de l'impunité des crimes que de la modération des peines (Com. IV. 1 (Chompré T. V, p. 219-20) Esp. des lois VI. 12).

(2) C'est ce qu'on peut inférer, semble-t-il, de ce passage du chapitre de la propriété (Comm. II, ch. I (Chompré T. II) p. 307) « Si la propriété des terres ainsi que des biens meubles n'avait pas été attribuée séparément à divers individus, le monde eût été une forêt et les hommes des animaux de proie, ce qui, selon quelques philosophes, est le pur état de nature ».

(3) Les citations de ces 3 auteurs sont assez nombreuses dans l'œuvre de BLACKSTONE. V. par ex. pour Grotius et Puffendorf : Introduction Sect. II de la nature des lois. L. I, ch. 7, De la Prérogative Royale. L. II. ch. 1 de la Propriété L. IV. ch. 2, Des Personnes non capables de commettre des crimes. — Pour Beccaria. L. IV, ch. 1, De la nature des crimes et de leur punition.

(4) Comparer Burlamaqui : Principes du droit de la nature et des gens, L. I, ch. 8, § 2, 3, 4 et 5 et BLACKSTONE : Introduction, sect. 2 : de la nature des lois, Chompré I, p. 57-58 et pp. 65 et suiv. L'ouvrage de Burlamaqui avait été traduit en anglais par Nugent en 1748.

(5) Introduction, sect., 2 de la nature des lois. Chompré I, p. 68.

des avantages de l'union commune, et dont le seul but est de l'obliger à contribuer, pour sa part, au maintien et à la paix de la société » (1). Le droit civil se superpose donc au droit naturel, mais il ne se confond pas avec lui : outre les droits absolus qui appartiennent à l'homme de par le droit de nature, le droit civil doit régler les droits relatifs qui naissent des rapports sociaux, mais le droit civil ne peut étendre son action jusqu'à faire observer tous les devoirs absolus, imposés à l'individu par le droit naturel, il peut seulement imposer aux citoyens leurs devoirs relatifs, c'est-à-dire ceux qui leur incombent en tant que membres de la société : le droit naturel commande à l'homme une vertu sans défaillances, le droit municipal ne punit les vices que lorsqu'ils se manifestent publiquement et troublent ainsi l'ordre social (2). C'est le système de Locke mêlé à celui de Puffendorf (3).

Mais, si le droit civil ne se confond pas avec le droit naturel, et si son champ d'action est moins étendu quant aux devoirs à faire observer aux individus, il repose néanmoins sur ce droit naturel quant aux droits à garantir aux citoyens. L'objet principal de la loi positive consiste à sauvegarder les droits absolus de l'homme, c'est-à-dire ceux dont il est investi par la loi de nature et qui constituent ses libertés naturelles; les droits relatifs, création artificielle des lois humaines, ne sont que des dérivés de ces droits abso-

---

(1) Ibid.

(2) Comm. L. I. ch. 1<sup>o</sup>, Chompré I. p. 211-12 et 13.

(3) Puffendorf a séparé en effet la morale d'avec le droit positif. (Puffendorf. *De jure naturae et gentium*. 1672 Trad. Barbeyrac. L. I, ch. 3 et 5) Leurs moyens d'action sont différents : la morale agit par persuasion, la loi par la contrainte, leurs champs d'action diffèrent également : la morale réprouve le vice en lui-même : la loi ne frappe le vice que lorsqu'il est nuisible à l'ordre public. Cf. Beudant. *Le droit individuel et l'Etat*, p. 98 et 99.

BLACKSTONE adopta également l'idée de sociabilité émise par Grotius (*De jure belli ac pacis*. 1624. Prolegomenes VIII) et reprise par Puffendorf (*De jure naturae et gentium* L. VII ch. 1). D'après cette théorie, l'homme a le besoin inné de vivre dans une société paisible et régulière (Cf. Beudant Op. cit. p. 94 et 97). C'est ce que BLACKSTONE exprime dans son Introduction, sect. 2. De la nature des lois (Chompré 1, p. 64) : « L'homme a été formé pour la société, et, ainsi qu'il a été montré par les écrivains qui ont traité ce sujet, il n'a ni les moyens, ni même le courage de vivre seul ».

lus, par conséquent ces droits absolus ne doivent jamais être étouffés par les dispositions arbitraires du pouvoir. Sans doute, la liberté civile ne peut être qu'une restriction de la liberté naturelle, rendue nécessaire par la vie de société, mais cette restriction ne doit pas être ordonnée légèrement, et sans raison, par un pouvoir despotique, elle a pour but unique d'empêcher les citoyens de se nuire entre eux, la diminution de la liberté naturelle individuelle doit tendre seulement à accroître la liberté civile générale. Pour BLACKSTONE, la législation idéale serait donc celle qui garantirait à l'homme la liberté politique la plus complète : elle ne peut exister sous un prince oppresseur, elle ne peut naître dans un état d'anarchie, seule, une Constitution libre, dans laquelle le peuple participerait à la souveraineté, serait capable de l'établir et de la faire régner. Or, cette Constitution idéale, créatrice d'une législation idéale, BLACKSTONE la voit réalisée en Angleterre : le régime politique y atteint à la perfection, le système des lois anglaises constitue donc un modèle (1). De là cet esprit conservateur qui règne dans les Commentaires, de là cette insouciance du progrès, de là ce désir de justifier les moindres règlements, d'expliquer même les anomalies et de défendre les coutumes les plus surannées (2). La Common Law doit être conservée et admirée : elle est le type du droit le plus parfait qui ait jamais été réalisé, car elle est l'expression instinctive d'un peuple libre, agissant conformément à sa nature et à ses tendances (3).

---

(1) Comm. L. I, ch. 1° (Chompré I), p. 212 et suiv.).

(2) Au L. I, ch. 4, (Chompré I, p. 410). BLACKSTONE nous rapporte que les baleines, prises sur les côtes anglaises appartiennent au Roi et à la Reine. Le Roi a droit à la tête, la Reine à la queue. Ce partage, dit-il, a pour but de fournir des baleines à la garde-robe de la Reine. La raison du partage, annote Christian, est plus singulière que le partage lui-même, les fanons se trouvant dans la tête de la baleine. — Au L. I, ch. 25 (Chompré T. II, p. 221), BLACKSTONE nous dit que c'est par attachement à la Common Law que les hommes du bas-peuple continuent à réclamer le droit de correction qui leur appartient sur la personne de leur femme, bien que cet usage soit tombé en désuétude parmi les gens de condition honnête, à partir du règne de Charles II. Cf. Dicey. National Review. December 1909, p. 659. Au L. IV, ch. 28 (Chompré T. VI, p. 281 et suiv.) il justifie également le privilège clérical.

(3) Dicey. — Law and Opinion (Trad. Jèze sous le titre : *Rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX<sup>e</sup>*

Cette position fut attaquée par Bentham avec passion (1) : le point de départ : foi en un droit naturel, préexistant à toute législation humaine, lui semblait faux; le point d'arrivée : optimiste béat, esprit conservateur jusqu'à l'absurde, lui paraissait ridicule et même dangereux. Pour Bentham, le fondement du droit ne repose pas sur des principes supérieurs et abstraits, il n'existe pas de droit inhérent à la nature humaine; le droit naît uniquement de la loi, et la loi doit s'inspirer de la seule utilité : utilité individuelle et surtout sociale. Le système politique de l'Angleterre n'est pas basé sur ces principes, il doit être réformé; la Constitution anglaise est funeste, nuisible, les lois anglaises ne renferment qu'iniquités et contradictions; des progrès, des réformes sont donc nécessaires; l'esprit conservateur s'oppose au bonheur des hommes, il doit être abattu; BLACKSTONE le symbolise, il faut détruire sa renommée, briser son influence.

Cette vive campagne, brillamment menée, compromet pendant plus d'un siècle le succès des Commentaires. C'est parce que BLACKSTONE s'est risqué dans une philosophie du droit, sagement évitée par POTHIER, qu'il a manqué perdre en Angleterre une grande partie de son crédit.

Bentham avait condamné BLACKSTONE avant l'apparition des Commentaires : la réputation de BLACKSTONE conférencier avait attiré le futur philosophe au cours du jurisconsulte, et c'est en écoutant les leçons sur les lois anglaises qu'il conçut contre les théories, enseignées à Oxford, la profonde aversion qui fut le point de départ de son système (2).

C'est, en effet, comme Professeur de Droit que BLACKSTONE s'acquît une grande célébrité, et il est impossible de séparer son ouvrage de l'enseignement qui lui a donné naissance. On a vu quelle était la nouveauté de cet enseignement dans les Universités anglaises (3),

---

*siècle*) observe (pp. 65 à 77 de la Trad.) que l'optimisme était le ton général de l'époque de BLACKSTONE.

(1) C'est dans son « *Fragment on Government* » publié de façon anonyme en 1776 que Bentham critiqua les Commentaires de BLACKSTONE. Ce fragment eut un très grand succès. Johnson, dit-on, l'attribua à Dunning. Cf. Dicey. *National Review*. December 1909, p. 657.

(2) Cf. Dicey. Op. cit. p. 657.

(3) A partir de la conquête des Normands, le clergé catholique, maître de l'enseignement public, avait banni des Universités anglaises

et l'on sait quel succès l'accueillit. L'étude de la Common Law, alors très sacrifiée, était concentrée dans les Inns of Courts et dans les Inns of Chancery, mais les jeunes gens commençaient à les désertier, et l'usage se répandait de fréquenter les études des praticiens pour se familiariser avec la connaissance du droit anglais (1). BLACKSTONE démontra l'insuffisance de cette formation, il fit ressortir la nécessité d'une instruction théorique, il prouva que la science du droit national, dans un pays libre comme l'Angleterre, était le complément de toute culture; il s'efforça donc de rendre attrayante l'étude raisonnée de la jurisprudence; il chercha à réaliser une œuvre de vulgarisation, et, dépassant le petit cercle d'étudiants qui l'entourait, il atteignit le grand public dont il gagna la faveur. L'influence de BLACKSTONE, sur la jeunesse de son temps, fut certainement considérable, mais elle grandit encore après sa mort, et de nombreuses générations d'étudiants anglais et américains acquirent dans son livre leurs premières notions juridiques. Si l'éclat de son enseignement oral fut immense, on peut dire que son enseignement écrit eut un retentissement plus profond encore : la publication de ses Commentaires affirma son autorité.

---

l'étude de la Common Law : il désirait que le droit romain et le droit canonique devinssent seuls applicables à l'Angleterre. La Grande Charte, imposée à Jean-sans-Terre, ayant décidé l'établissement, à Westminster, de la Cour des Plaid Communs qui, jusqu'à cette date, suivait le Roi dans ses déplacements, il en résulta que les plus grands jurisconsultes furent réunis dans cette ville, et qu'ils y créèrent une Université spéciale pour l'enseignement de la loi commune. C'est de cette époque que datent les Inns of Courts et les Inns of Chancery : les deuxièmes étaient destinées aux plus jeunes élèves, les premières étant réservées à un enseignement plus approfondi. Le cours libre sur le droit national, inauguré à Oxford par BLACKSTONE en 1753, remplaça cet enseignement dans les Universités anglaises. Cet enseignement devint officiel lorsqu'en 1758 notre jurisconsulte fut nommé titulaire de la chaire de Common Law fondée par Viner. V. BLACKSTONE, Comm. Introduction : de l'Etude des lois (Chompré I, p. 21 et suiv.) — Cf. Mathieu Bodet. *Revue du droit français et étranger*. 1845, p. 499 et suiv.

(1) Les Inns of Courts et les Inns of Chancery, après avoir connu une très grande prospérité, déchurent par la suite : les gens bien nés redoutaient de s'y mêler avec des étudiants de condition inférieure; le manque de discipline et de surveillance qui y régnait détournait les parents d'y envoyer leurs enfants. BLACKSTONE, Comm. Introduction : de l'Etude des lois (Chompré I, p. 34 et 35).

Il en fut de même pour POTHIER. Au XVII<sup>e</sup> siècle, les études de droit avaient subi en France un notable déclin, et l'Université d'Orléans était bien déchue de son ancienne renommée (1) : de même que BLACKSTONE, POTHIER sut ranimer le zèle des étudiants en se mettant à leur portée. Sans doute POTHIER n'inaugura pas, comme BLACKSTONE, un genre d'études juridiques inconnu avant lui (2), mais s'il ne fut pas un novateur, du moins fut-il, lui aussi, le premier professeur de droit national dont les ouvrages soient restés classiques : l'œuvre de POTHIER et celle de BLACKSTONE sont la conséquence naturelle de leur enseignement, et l'on est autorisé à penser que s'ils avaient obtenu la chaire de droit romain qu'ils sollicitaient l'un et l'autre, leurs traités n'auraient pas vu le jour (3).

Professeurs influents pour leurs contemporains, BLACKSTONE et POTHIER ont donc été pour la postérité des auteurs plus influents encore. Si chez eux, le Professeur fut beaucoup écouté, l'écrivain fut encore plus consulté et travaillé.

En résumé, nos deux auteurs sont des esprits qui s'apparentent étroitement : nous retrouvons en eux les mêmes caractères, les mêmes tendances. Si BLACKSTONE fut plus intimement mêlé au mouvement qui emportait son siècle, il faut reconnaître que ce furent les circonstances qui en décidèrent. BLACKSTONE, pourtant, était plus ambitieux que POTHIER, il professait aussi un plus grand orgueil pour le droit de son pays, qu'il se vantait d'avoir tiré de l'obscurité et du chaos.

---

(1) « Dans les facultés, les études de droit étaient molles, inexactes et rares, les leçons négligées ou non suivies. Les étudiants riches se dispensaient d'assister aux cours et achetaient des cahiers aux étudiants pauvres. On était reçu après des épreuves si faibles qu'elles ne méritaient pas le nom d'examens. Les lettres de baccalauréat et de licence n'étaient qu'un titre qu'on achetait sans études et sans peine, et qu'on portait sans gloire. » Brissaut. *Histoire du droit*. 1895, Tome 1<sup>er</sup> page 238.

« En 1651, Charles Perraut, arrivant à Orléans, avec deux de ses amis, à 10 heures du soir, fut reçu séance tenante par les Professeurs qu'il avait fait éveiller ». Brissaut Op. cit. p. 238. Note. Cf. Le Trosne. *Eloge de Pothier*, p. 29.

(2) L'enseignement du droit français avait été institué dans les Universités françaises par un édit d'Avril 1679. Cf. Brissaut. Op. Cit. 1. p. 237.

(3) L'enseignement de POTHIER, comme celui de BLACKSTONE, ne paraît pas avoir suscité un mouvement d'opinion véritablement puissant : POTHIER ne s'est pas même attiré une critique aussi dangereuse que le fut celle de Bentham pour le professeur d'Oxford.



### **TROISIEME PARTIE**



## Comparaison des conceptions juridiques de BLACKSTONE et de POTHIER dans quelques chapitres de la matière des Obligations

Les rapprochements tentés entre BLACKSTONE et POTHIER, entre leurs vies et leurs caractères, rendent plus saisissante l'opposition de leurs doctrines. Cette opposition s'affirme principalement dans la matière des obligations, si générale pourtant qu'on la pourrait croire universelle, et si détachée en apparence des idées propres à chaque peuple, qu'elle semblerait destinée à fournir un fonds commun de législation.

La comparaison de cette théorie de l'obligation, dans les ouvrages de BLACKSTONE et de POTHIER, est d'autant plus intéressante que nos deux auteurs l'ont mieux marquée de leur empreinte : c'est dans ce chapitre du droit que leur tour d'esprit personnel se révèle le plus clairement. Tous ceux qui ont écrit sur POTHIER reconnaissent que le Traité des obligations est son œuvre maîtresse, et rien ne caractérise mieux la pensée juridique de BLACKSTONE que la place, singulièrement réduite, occupée dans son ouvrage par la notion d'obligation (1).

C'est cette notion d'obligation que nous nous proposons maintenant de reprendre dans les travaux de nos deux jurisconsultes, afin de mettre davantage en lumière quelques traits de leur physionomie.

Avant d'aborder l'exposé du droit français, POTHIER s'était consacré à une longue étude du droit romain. Dans cette législation, la théorie de l'obligation devait attirer son attention; cette théorie fut construite par les grands jurisconsultes de l'époque clas-

---

(1) La notion romaine de l'obligation, qui avait été en faveur en Angleterre au moyen-âge (Bracton la reproduit au XIII<sup>e</sup> siècle au Livre III de son ouvrage : *De legibus et consuetudinibus Angliæ*), a subi une éclipse complète dans ce pays jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Elle a été reprise à cette époque par les jurisconsultes anglais sous l'influence des travaux juridiques du continent.

sique; dans notre ancienne France, elle était encore appliquée dans un grand nombre de ses dispositions : à titre de coutume générale dans les pays de droit écrit, à titre de raison écrite dans les pays de coutume. De fait, dans son *Traité des obligations*, POTHIER ne cesse de faire des emprunts au droit romain, et il n'est guère de pages, dans cet ouvrage, où il ne s'y réfère (1).

Toutefois, en passant dans le droit français, l'idée d'obligation a évolué : elle s'est adaptée aux conditions sociales nouvelles.

D'abord, le formalisme a disparu. Un principe nouveau, répandu par l'Eglise, domine notre théorie des contrats : le respect dû au serment, à la foi jurée. La simple volonté suffit à créer l'obligation; l'accord des volontés, toujours obligatoire, doit être interprété et exécuté de bonne foi. L'obligation se rapproche de l'idée de devoir moral, puisqu'elle a sa source dans la parole donnée, et qu'elle comprend ce que commande l'équité.

Nul, plus que POTHIER, n'a insisté sur le rapport étroit qui apparente l'obligation civile et le devoir de conscience; son annotateur, Bugnet, lui en fait le reproche (2). Mais POTHIER, qui était un croyant, se trouvait dans la tradition chrétienne en écrivant au début de son *Traité des Obligations* : « Le terme d'obligation a deux significations : dans une signification étendue, lato sensu, il est synonyme au terme de devoir, et il comprend les obligations *imparfaites* aussi bien que les obligations *parfaites* » (3).

En second lieu, l'obligation du droit français, reposant sur le simple consentement, c'est ce consentement qui fixe les limites de l'obligation. Pour savoir à quoi le débiteur est obligé, il faut savoir ce qui a été convenu, et se livrer à une recherche d'intentions; le droit des obligations empruntera à la psychologie.

(1) Sa définition de l'obligation (*Obligations*. Bugnet T. II p. 2) est empruntée aux *Institutes de Justinien* (III. 13, pr.) et au *Digeste* (XLIV. 7. 3. pr.) Cette définition est, à peu de chose près, celle que donne l'article 1101 du Code civil, et celle que reproduit avec, une légère variante, l'ouvrage classique d'Aubry et Rau (T. IV, p. 3).

C'est beaucoup par l'influence de POTHIER que les auteurs français, représentant au XIX<sup>e</sup> siècle la tradition classique, se sont persuadés que la conception romaine de l'obligation constituait un type achevé, s'imposant comme modèle aux législateurs de tous les pays.

(2) Edition Bugnet. T. II. Notice. p. LXXI.

(3) Edition Bugnet. T. II. P. 2.

On sait quel fut le retentissement de la doctrine cartésienne sur la pensée française, sur POTHIER en particulier : c'est à l'occasion de cette étude du consentement que le système de Descartes se reflète le plus clairement dans l'œuvre de notre auteur. Cette philosophie spiritualiste fait une place très large à la volonté : elle devait inciter POTHIER à compléter, développer les règles en partie dégagées par la philosophie stoïcienne, qui fut, elle aussi, une grande école de la volonté (1).

L'idée du « *vinculum juris* » domine dans notre droit la théorie de l'obligation : l'obligation est un lien de droit que la volonté s'impose à elle-même, et qui limite sa faculté d'agir à l'égard d'autrui, dans la mesure où cette limitation est conforme à son intérêt.

Mais, comment réunir, dans un seul acte, les deux consentements individuels dont le concours doit former le contrat ? Descartes, et les partisans du libre arbitre, admettent que chacune des volontés particulières se développe librement dans sa sphère intérieure d'action sous le regard de la conscience, mais leur système expose difficilement comment deux volontés particulières, fermées l'une à l'autre, parviendront à se joindre, à se pénétrer. Ils expliquent encore moins comment un tiers les peut connaître et interpréter. — Donc, à le prendre à la lettre, notre principe de l'autonomie de la volonté, n'est peut-être qu'une illusion, et une illusion d'autant plus séduisante et flatteuse, qu'elle nous invite à substituer notre entendement à l'entendement d'autrui. Pour pénétrer dans le domaine des faits psychologiques, nous n'avons que notre conscience individuelle, incapable de franchir les limites de notre moi. Faut-il donc renoncer à justifier autre chose que l'existence de notre pensée propre, et abandonner l'espoir de fondre dans une seule opération juridique deux consentements l'un à l'autre toujours inconnus ? Chacune des parties saisit chez son contractant les seules manifestations extérieures de la pensée, elle en conclut à l'existence chez autrui d'une volonté déterminée, semblable à celle dont sa

---

(1) Si l'on joint à ces deux tendances conjuguées le prestige qui, dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle s'attachait à l'idée de liberté, le rôle donné par la Révolution à la pensée que l'homme est né pour être libre, on assiste au développement du principe de l'autonomie de la volonté, conforme au Génie français, puisque Dumoulin, au XVI<sup>e</sup> siècle, en avait jeté les premiers fondements dans notre droit.

conscience lui fournit les données. Lorsqu'il s'agit de pénétrer l'intention des contractants, le principe de l'autonomie de la volonté aboutit à un système, souvent compliqué, de présomptions légales et de présomptions du fait de l'homme (1).

D'autre part, ce principe ne rejette-t-il pas dans l'ombre le caractère patrimonial de l'obligation ? Principalement soucieuse d'expliquer, de légitimer les liens qui unissent le créancier et le débiteur, l'autonomie de la volonté s'attarde à démontrer comment, pourquoi, la volonté peut se créer à elle-même des obligations, elle néglige l'importance matérielle de celles-ci dans la vie économique. Elle observe la contrainte subie plus que l'avantage recueilli : elle s'attache aux idées et néglige les faits.

Aucun livre n'est plus indifférent aux enseignements de la pratique, et ne donne une idée plus inexacte du monde des affaires que le traité des obligations de POTHIER. Avec un scrupule consciencieux, notre auteur a repris les doctrines romaines, il a reproduit les théories des auteurs français qui l'ont précédé, en particulier celles de Dumoulin. Dans un style clair, il expose leurs opinions avec complaisance, raisonnant sur les vieux exemples légués par la tradition. Il décide des controverses avec finesse et bon sens. Mais on ne trouve pas dans son œuvre une vue des obligations, telles qu'elles se pratiquaient entre bourgeois et commerçants français de son siècle. POTHIER écrit son traité des obligations comme Descartes écrivait le discours de la méthode : pour l'usage des honnêtes gens de tous les pays et de tous les temps. Ne lui demandons pas un tableau réaliste, il nous offre une peinture allégorique. De même que Descartes établit d'abord l'existence de la pensée et en déduit l'existence de l'étendue, POTHIER fonde l'obligation sur le consentement, et il en déduit les avantages matériels que cette obligation procure. Tout son traité se ressent du point de départ qu'il lui a donné : il n'est pas indifférent que le juriste s'arrête d'abord à une idée, convaincu qu'elle éclairera les faits, ou qu'il parte au contraire des faits dans le dessein de les analyser et de les décrire.

Si l'on veut saisir l'opposition qui sépare ces méthodes, il suffit de comparer la notion d'obligation chez BLACKSTONE à celle que nous rencontrons chez POTHIER.

---

(1) Cette idée a été indiquée par M. Lévy-Ullmann, dans son cours sur l'obligation en droit comparé, professé à la Faculté de Droit de Paris. (Année 1922-23).

BLACKSTONE, on le sait, est formé à l'école de Locke, comme POTHIER est formé à l'école de Descartes. L'œuvre de BLACKSTONE porte la marque du système empirique, en faveur dans la pensée anglaise du XVIII<sup>e</sup> siècle. Esprit pratique, peu curieux des grands systèmes d'explication générale, BLACKSTONE présente le contrat sous son aspect le plus tangible : comme un chapitre du droit des choses.

Les choses, dans l'ouvrage de BLACKSTONE, se divisent en « choses réelles » et en « choses personnelles ». Les choses réelles sont les immeubles, les choses personnelles sont les meubles ou *chattels* mobiliers. Ces choses réelles ou personnelles sont susceptibles de propriété, qui sera dite réelle, si elle porte sur des choses réelles, personnelle, si elle porte sur des choses personnelles.

Le regard de notre auteur se fixe donc d'abord sur les choses qui l'entourent, et il aperçoit :

1<sup>o</sup> Des choses qui ne se déplacent pas et qui sont permanentes : les terres, les maisons et les produits qu'on en retire. Ce sont les choses réelles (1).

2<sup>o</sup> Des avantages qui, étant annexés à des choses réelles ont le caractère de l'immobilité sans avoir celui de la permanence : ce sont les *chattels* réels (2).

3<sup>o</sup> Des objets purement mobiliers pouvant suivre l'homme partout où il se transporte. Ces choses n'ont ni le caractère de l'immobilité, ni celui de la permanence : ce sont les *chattels* personnels ou choses personnelles (3).

N'ayant considéré dans ces objets que l'utilité qui s'attache à leur stabilité ou à leur durée, BLACKSTONE ramène tous les droits dont ces choses sont susceptibles au seul droit de propriété, qui permet de tirer de ces choses tout le profit qu'elles comportent. Envisageant les droits portant sur les choses personnelles, les seules qui puissent donner lieu à une action en dommages-intérêts quand elles ne peuvent être restituées en nature, BLACKSTONE distingue deux espèces de droits de propriété personnelle : la propriété avec possession et la propriété en action. « La propriété personnelle en « *chattels* est avec possession si un homme a non seulement le droit

---

(1) Comm. II, 2, p. 16-20 (Chompré T. II, p. 322-327).

(2) Comm. II, 24, p. 384 et 386 (Chompré T. III, p. 326 et 329 à 331).

(3) Comm. II, 24, p. 384 et 387. (Chompré III, p. 326 et 331-332).

« de jouir de la chose, mais qu'il *en jouisse en fait*; s'il n'a qu'un  
« *simple droit* sans jouir de la chose, *sans l'occuper*, c'est une *pro-*  
« *priété en action* » (1).

Notre auteur nous explique plus loin ce qu'il entend par une propriété ou une chose en action, qui correspond chez lui à notre notion d'obligation :

« Après avoir considéré les divisions particulières des propriétés  
« *avec possession*, c'est-à-dire où le propriétaire réunit et le droit  
« et la possession de la chose, nous dirons quelques mots de la  
« nature de la propriété *en action*, c'est-à-dire de la propriété de  
« celui qui a simplement le droit de posséder la chose dont il s'agit,  
« mais qui ne la possède pas, quoiqu'il puisse en recouvrer la pos-  
« session en intentant une action en justice, ce qui fait appeler  
« *chose en action* l'objet qu'on peut ainsi recouvrer. Ainsi, l'argent  
« dû par une obligation est une *chose en action*, car la propriété  
« sur la dette sera acquise à l'époque fixée par l'obligation, mais il  
« n'y a point de possession, jusqu'à ce que la créance ait été re-  
« couvrée d'après la loi. Si quelqu'un promet ou prend avec moi  
« l'engagement de faire un acte quelconque, et qu'il y manque, en  
« sorte que j'en éprouve un préjudice, le dédommagement auquel  
« j'ai droit est une *chose en action*, car, quoique ce droit m'appar-  
« tienne au moment où j'éprouve le dommage, il n'y a que la dé-  
« claration du jury qui puisse fixer la nature et l'étendue du dé-  
« dommagement, et je ne puis en être mis en possession que par  
« un jugement légal, suivi de l'exécution.

« On peut observer que, dans le premier de ces cas, le droit ou  
« la propriété *en action* repose sur un engagement ou obligation  
« *expresse* de payer une somme fixe; et que dans le second cas, ce  
« droit repose sur une convention *implicite*, que si celui qui a sous-  
« crit l'engagement ne fait pas ce qu'il s'est engagé à faire, il m'in-  
« demnisera des dommages que me causera cette violation de sa  
« promesse. On peut conclure de là que toute propriété *en action*  
« repose sur un contrat ou engagement, soit exprès, soit implicite,  
« seul moyen régulier d'acquérir une *chose en action*... Dans la  
« variété infinie des cas où l'on fait ou peut faire valoir des con-  
« trats ou promesses, soit expresses, soit implicites, la loi, dans le

---

(1) Comm. II. 25, p. 390 (Chompré T. III, p. 333).

« cas d'inexécution, accorde à la partie lésée tel ou tel autre mode  
 « d'action, pour contraindre l'adversaire à remplir l'engagement  
 « ainsi qu'il l'a contracté, et, s'il y manque, à donner une satis-  
 « faction équivalente au dommage souffert : mais, tant que la chose  
 « ou la satisfaction équivalente reste en suspens, tant que la partie  
 « lésée n'a que le droit et non la possession, c'est une *chose en*  
 « *action*, une chose *in potentia* plutôt que *in esse*; quoique le pro-  
 « priétaire puisse avoir sur de telles *choses en action*, une propriété  
 « non moins absolue, un titre non moins entier, que sur les choses  
 « qu'il aurait en *possession* » (1).

Ainsi, pour BLACKSTONE, une seule préoccupation existe : la préoc-  
 cupation des choses dont l'homme recherche la jouissance, soit  
 dans le présent, soit dans l'avenir. Mais, qu'on ait dès maintenant  
 une chose en possession, ou qu'on ait seulement une chose en  
 action, on est toujours investi d'un droit de propriété. Si l'on n'ob-  
 tient pas la possession de ce qui a été promis, on poursuivra la  
 possession de la somme d'argent, allouée à titre de dommages-  
 intérêts. L'obligation n'est donc plus ici qu'un chapitre de la « Per-  
 sonal property ».

Après avoir énuméré et étudié les divers modes d'acquérir la  
 propriété personnelle (2), BLACKSTONE en arrive au contrat qu'il  
 traite fort brièvement (3).

Poursuivant sa méthode objective, BLACKSTONE, qui ne retient le  
 contrat que comme un moyen d'obtenir la propriété personnelle,  
 y relève trois choses à examiner : la convention, — la considération,  
 — la chose à faire ou à ne pas faire (4). En effet, ce sont là les élé-  
 ments qui s'imposent à l'observateur des faits.

(1) Comm. T. II, ch. 25; p. 396-398. (Chompré III, p. 344-46).

(2) Ces modes sont : l'occupation, la prérogative royale, la confis-  
 cation, la coutume, la succession, le mariage, le jugement, la donation  
 ou concession, la banqueroute, le testament. Cf. Comm. II. 26, p. 400  
 (Chompré III, p. 350).

(3) Sur 100 pages du vol. II (Rights of things) consacrées aux modes  
 d'acquérir la propriété personnelle, 28 pages seulement sont consacrées  
 au contrat. La théorie générale des contrats est étudiée en 8 pages, la  
 vente en 6 pages, le *bailment* (qui comprend le dépôt, le commodat et  
 le gage) en 3 pages, le prêt et le louage en 5 pages, le contrat d'assu-  
 rance en 8 pages, la reconnaissance de dette en 3 pages.

(4) Comm. T. II. 30. p. 442 (Chompré III. p. 432).

En premier lieu : la convention, c'est-à-dire l'accord ou marché réciproque, se manifestant par des négociations entre les parties contractantes, et se traduisant extérieurement par des paroles, des gestes ou des actes.

En deuxième lieu; les raisons matérielles, sensibles, de cet accord qui en font comprendre l'existence : c'est l'échange des prestations licites qui déterminent les parties à passer l'acte, c'est la considération à défaut de laquelle la convention n'est qu'un simple pacte, sans efficacité juridique.

En dernier lieu; ce que l'on est convenu de faire ou de ne pas faire en vue d'acquérir un droit sur les *chattels* personnels, ce qui permet, dans la pratique, de distinguer la vente, l'échange, le *bailment*, le louage, l'emprunt, la simple reconnaissance de dette. — Lorsqu'il a donné des indications sur chacune de ces matières, BLACKSTONE a terminé l'étude des contrats.

Sur les caractères que doit présenter la volonté, envisagée comme créatrice de l'acte juridique et sur ses vices, sur la manière dont se forme chacun des consentements et dont ils se rencontrent, sur la sollicitation et sur l'acceptation, BLACKSTONE ne dit rien. Il exige seulement une convention, entendant par là que c'est une simple question de fait de savoir s'il existe des traces matérielles d'un accord. Toute recherche d'intention est écartée, la psychologie est séparée du droit. Le droit vise à la protection des intérêts matériels : la convention n'a de valeur juridique que si elle repose sur une considération, c'est-à-dire si elle poursuit un des buts de l'activité sociale et économique que sanctionne et protège la loi.

Ce système nous éloigne des doctrines spiritualistes rencontrées chez POTHIER. Le lien de droit, le *vinculum juris*, par lequel la volonté s'enchaîne elle-même a disparu, nous n'avons plus devant nous que l'objet mobilier, ou la somme d'argent dont la propriété est dès à présent transférée, ou le sera plus tard par l'action en justice du créancier.

Cette élimination du lien de droit entre le créancier et le débiteur peut paraître surprenante dans les contrats où la valeur de la prestation dépend uniquement de la personne qui la fournit. Comment réduire ces services purement personnels à un droit de propriété ? On a vu, par la citation faite de BLACKSTONE, que ce jurisconsulte y arrive par un détour ingénieux : il admet que, dans le cas de

négligence ou de refus de la part du débiteur, ces conventions comprennent l'engagement implicite du débiteur de transférer la propriété d'une somme d'argent égale aux dommages éprouvés.

Ainsi, dans l'ouvrage de BLACKSTONE, le droit personnel se trouve dans tous les cas éliminé pour faire place au seul droit réel. Cette suppression de la notion d'obligation est un des traits les plus originaux de l'œuvre de notre auteur : elle s'explique, assez naturellement, par le rôle important joué par les précédents judiciaires dans la formation du droit anglais.

A Rome, les jurisconsultes qui élaborèrent la théorie des obligations ne pouvaient s'appuyer sur les sentences rendues par le juge : celui-ci, simple citoyen, se contentait de répondre aux questions posées dans la formule. Le préteur, magistrat annuel, ne pouvait entreprendre des réformes suivies, et les réformes faites ne s'imposaient pas avec l'autorité d'une tradition. La théorie de l'obligation offre donc, à l'époque classique, le caractère d'une formation doctrinale, entreprise par les Prudents qui, quoique versés dans la pratique, s'efforçaient surtout de généraliser et de construire.

La théorie anglaise de l'obligation est, au contraire, une création purement jurisprudentielle, formée dans les Cours de justice, avec la persévérance, l'unité de vues que les grands corps judiciaires apportent dans leurs travaux. Mais rien n'y est dû à l'esprit de système, tout est emprunté directement à l'observation des faits. BLACKSTONE, débrouillant le chaos de son droit national, n'emprunte pas au droit romain la conception de l'obligation, il reproduit simplement les données empiriques, fournies par la pratique judiciaire anglaise.

Cette comparaison, esquissée, de la notion d'obligation dans l'œuvre de nos deux auteurs porte un enseignement : quand un peuple s'isole des autres et cesse volontairement de participer à la culture juridique des nations voisines, quand il crée un système original né de sa propre jurisprudence, il s'écarte rapidement du droit commun législatif. Ce fut le cas de l'Angleterre à l'époque de BLACKSTONE. La théorie anglaise de l'obligation a emprunté tous ses éléments au caractère national anglo-saxon, et aux circonstances dans lesquelles se sont développés les institutions judiciaires et les besoins économiques de ce pays.

Mais, si les faits, reflétés par les tribunaux, tendent à séparer les

hommes, les idées abstraites les rapprochent : certaines théories ont une puissance de séduction et de propagation; lorsqu'aucune force ne s'oppose à leur diffusion, elles se répandent et se généralisent parce qu'elles flattent nos tendances, ou parce qu'elles concilient nos besoins matériels et notre souci d'idéal.

La théorie de l'autonomie de la volonté entre dans ce cadre : lorsque, au XIX<sup>e</sup> siècle, l'Angleterre est sortie de son isolement et s'est abandonnée au courant d'idées juridiques établi entre les pays d'Europe, la notion d'obligation s'y est implantée, et on en a commencé l'étude.

Pourtant, si les abstractions constituent le meilleur terrain d'entente entre les législations, elles présentent aussi des inconvénients. Pour des juristes français, les travaux de droit comparé sont salutaires, quand ils portent sur le système juridique de peuples épris de réalités, ils leur apprennent à ne pas céder trop facilement à la tentation des constructions idéales.

L'examen de la notion d'obligation chez BLACKSTONE et chez POTHIER nous a montré cette utilité de l'étude du droit anglais. Pour mieux l'illustrer, nous reprendrons, à titre d'exemples, deux des points que l'exposé de la doctrine de BLACKSTONE nous a amenés à mettre en relief : la distinction des choses en possession et des choses en action que l'on peut rapprocher de la distinction faite par POTHIER entre les droits réels et les droits personnels, et la théorie de la considération dans les contrats, qui peut être comparée à la théorie de la cause dans POTHIER.

POTHIER, on l'a vu, analyse l'obligation en un lien de droit. Cette conception est justifiée, à ses yeux, par le pouvoir qu'il reconnaît à la volonté de se contraindre elle-même : par le seul effet de leurs consentements, les parties peuvent restreindre ou étendre leurs libertés l'une à l'égard de l'autre.

Voulant définir l'obligation, il était donc naturel que notre auteur fît ressortir le rapport abstrait que cette conception suppose, et qu'il l'opposât au droit de propriété, dont le caractère dominant est l'utilité que le propriétaire tire directement de sa chose.

POTHIER se trouvait ainsi conduit à reproduire cette distinction entre les droits réels et les droits de créance, que nous connaissons en France depuis longtemps, et qui, sous les expressions de *jus in*

re et de *jus ad rem*, a été empruntée aux premiers commentateurs du droit romain.

Cette distinction des droits en droits réels et en droits personnels, présentée par POTHIER (1) avec la simplicité et la clarté françaises, a acquis, par l'autorité de notre jurisconsulte, droit de cité chez nous. Elle a été reprise par la plupart des auteurs qui ont commenté le Code civil, et elle est devenue classique (2).

Pourtant, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, cette distinction a soulevé en France de vives critiques : M. Planiol a montré que, envisagés dans leur nature abstraite, les droits sont, de leur essence, des rapports entre personnes; la propriété ne peut donc être définie : un droit vis-à-vis d'une chose. Tous les droits existant contre des individus, ils répondent tous à la définition du droit de créance; les droits, dits réels, ne seraient que des obligations passives universelles, tous les hommes étant tenus de respecter la propriété d'autrui (3).

Cette critique a entraîné la conviction de quelques jurisconsultes modernes.

En effet, si l'on détache des droits le caractère qui leur est commun : celui de constituer un rapport entre individus vivant en société, et si, de ce caractère commun, on tire la définition d'une espèce particulière de droits, les droits de créance, on manque aux règles d'une bonne définition qui doit s'appliquer au seul objet défini.

D'autre part, si l'on définit le droit réel : celui que l'homme exerce directement sur une chose, on envisage seulement dans cette définition le résultat du droit réel, l'état de fait qu'il crée, et l'on présente à tort cette situation de fait sous la forme d'un rapport abstrait, impossible entre l'homme et les objets qui l'entourent.

En sorte que la définition classique encourrait un double reproche : elle donnerait du droit réel une définition qui ne peut être

---

(1) *Traité du droit de domaine de propriété* (Ch. préliminaire § 1 et 2).

(2) MM. Colin et Capitant (*Cours de droit civil* I, pp. 102 et 103) présentent cette distinction de la manière suivante : le droit réel est celui qui donne à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur les choses, le droit de créance est le pouvoir appartenant à un ou plusieurs individus à l'égard d'un ou de plusieurs individus déterminés.

(3) Planiol. *Traité de droit civil*, I. n° 2163.

celle d'un droit, et elle donnerait du droit de créance une définition qui peut s'appliquer à tous les droits.

Dès lors, toute comparaison que l'on tentera entre les droits dits réels et les droits dits de créance semble vouée à un échec, car on ne saurait comparer utilement deux définitions qui partent de points de vue différents. Les conséquences qu'on prétend tirer de la distinction classique ne seraient pas plus sûres que la distinction elle-même. M. Demogue, reprenant toutes ces conséquences, a montré qu'il n'en était pas une qui fût certaine, aussi propose-t-il de distinguer seulement les droits forts des droits faibles (1).

BLACKSTONE, ramenant tous les droits au droit de propriété, semblerait devoir échapper aux critiques nées de cette tentative de distinction entre les droits. Pourtant, BLACKSTONE opère lui aussi une division, qui, si elle ne sépare pas les droits, sépare du moins les choses sur lesquelles porte le droit unique de propriété : il distingue les choses en action et les choses en possession. On serait tenté de penser que, sous le nom de propriété sur les choses en action, BLACKSTONE reprend, dans une autre forme la notion d'obligation : on se rappelle qu'il s'en défend. Pour BLACKSTONE, la propriété sur les choses en action est de même nature que la propriété sur les choses en possession. L'esprit de l'auteur anglais, qui répugnait aux abstractions, le conduit à nier l'idée d'obligation : il s'attache seulement aux résultats pratiques auxquels les droits aboutissent, aux avantages matériels que ces droits procurent, et ces avantages se réduisent toujours, selon lui, à procurer une chose sur laquelle le titulaire du droit aura un droit de propriété, soit immédiat, par l'effet de la possession, soit plus tardif, par une action dont le moindre effet sera de conférer la propriété d'une somme d'argent allouée à titre de dommages-intérêts.

Cette conception de BLACKSTONE a été désavouée par la doctrine anglaise de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle comme celle de POTHIER l'a été en France. POTHIER a été critiqué pour n'avoir donné à l'obligation qu'un champ trop restreint, alors que BLACKSTONE a été réprouvé pour l'avoir entièrement passée sous silence.

Ce rapprochement entre la doctrine de POTHIER et celle de BLACK-

---

(1) Demogue. *Les notions fondamentales du droit privé*. 1911, pp. 405 à 443.

TONE montre que nos deux auteurs étaient l'un et l'autre dominés par le sentiment très net d'une distinction nécessaire entre les situations juridiques. Tous deux ont instinctivement compris qu'on ne pouvait assimiler la condition du propriétaire à celle du créancier.

Mais, comment satisfaire à ce besoin évident de distinguer les droits, puisque, en théorie, une telle distinction semble toujours vouée à un échec, soit qu'on l'établisse, comme POTHIER, d'après la nature abstraite des droits, soit qu'on l'établisse, comme BLACKSTONE, d'après les avantages procurés par les droits.

Comment établir cette distinction, si l'on veut la faire porter sur la propriété et sur l'obligation qui sont les deux termes auxquels on est toujours ramené, et auxquels BLACKSTONE et POTHIER ont, eux aussi, été conduits, l'un avec les droits réels et personnels, l'autre avec les choses en possession et en action ?

Au lieu de présenter cette classification comme une division logique, tenant soit à la nature abstraite des droits, soit à leurs conséquences pratiques, ne conviendrait-il pas d'y voir seulement une distinction entre des situations juridiques, qui, historiquement, se sont développées dans des conditions différentes, et qui ont conservé de leur évolution propre une physionomie particulière ? (1).

Dans les sociétés primitives, les hommes, encore trop violents, ne pouvaient vivre en contact perpétuel. Chacun agissait en maître dans le cercle qui lui était tracé, et imposait aux autres le respect de ces frontières. A cette époque, le droit de propriété existait seul.

Plus tard, la civilisation progressant et les rapports sociaux se compliquant, les contrats se développèrent.

Le droit de propriété, type originaire des droits, a pour trait

---

(1) M. Demogue enseigne (*Notions fondamentales du droit privé* pp. 405 à 407) que la distinction des droits absolus et des droits relatifs est un produit historique. La notion du droit absolu a précédé à Rome celle du droit relatif, les droits ayant été originairement confondus avec leur objet. La notion abstraite d'obligation est étrangère à l'ancien droit où le débiteur insolvable devient l'esclave, et par conséquent, la propriété de son créancier. C'est plus tard, sous l'empire des besoins pratiques, que la notion abstraite d'obligation est apparue, et il en est résulté l'opposition entre les droits sur les choses et les droits contre les personnes. Cf. Cuq. *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, pp. 363 à 365.

saillant de pouvoir être mis en œuvre, de façon normale, sans qu'il faille recourir à une action en justice (1). En effet, la valeur de la propriété ne dépend pas des rapports qu'elle fait naître entre le propriétaire et les tiers; ce rapport reste purement théorique, puisque, la plupart du temps, le propriétaire n'a pas à invoquer les relations abstraites que sa propriété lui crée avec les autres membres de son groupe social.

Lorsque les rapports juridiques se furent multipliés, il parut remarquable que l'avantage procuré par les droits nouveaux dépendait soit de la bonne volonté du débiteur, soit de sa solvabilité. Les nombreuses poursuites que ces droits engendrent, et l'incertitude du profit qu'on en peut tirer ont paru caractéristiques de l'état de créancier et l'ont opposé à l'état antérieur du propriétaire. Le pouvoir de contraindre le débiteur a été pris en considération dans la définition des relations juridiques nouvelles, et le rapport entre les personnes est passée au premier plan.

Pourtant, le droit de créance, ainsi créé, n'a pas fait disparaître le droit de propriété et les droits qui s'y rattachent. Il s'est établi à leurs côtés, et parfois, dans l'hypothèque et l'usufruit, il s'est combiné avec eux. Les situations juridiques se sont entremêlées : l'analyse y fait apparaître aujourd'hui des éléments disparates.

Mais il est resté que le droit, dit réel, a été créé pour répondre au désir de l'homme de satisfaire lui-même, comme il l'entend, une partie de ses besoins économiques ou moraux, sans exiger rien des autres, sinon le respect de son indépendance. On ne peut être surpris que le jurisconsulte, qui s'efforce de ramener tous les droits à la propriété, ait écrit son ouvrage en Angleterre, terre de la liberté.

Le droit, dit de créance, au contraire, exprime cette interdépendance des individus qui caractérise nos sociétés contemporaines. Il était naturel que l'idée généreuse, qui lui sert de fondement, ait trouvé son expression théorique dans la France du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Que les Anglais n'en soient pas restés à la conception de BLACKSTONE, cela s'explique parce que l'idée de solidarité pénètre peu à peu le droit réel, et dégage nécessairement l'idée d'obligation dans le monde moderne.

---

(1) La sanction de la propriété : la revendication joue dans la pratique un rôle exceptionnel.

Que les Français aient dépassé la pensée de POTHIER et qu'ils aient voulu généraliser l'idée d'obligation, en y voyant la source de tous les droits, cela répond à notre tendance de nous attacher aux idées plutôt qu'aux choses.

Ainsi, qu'on l'exprime sous la forme que lui donnait POTHIER (droits réels et droits personnels), ou sous la forme que lui donnait BLACKSTONE (choses en possession, choses en action), la distinction à laquelle nos deux auteurs aboutissent porte la marque de cette lutte toujours renouvelée, lutte qui met aux prises l'individu, voulant garder certains domaines inviolables où il peut développer son originalité, et les forces sociales qui, peu à peu, resserrent ces champs d'action réservés.

Depuis BLACKSTONE et POTHIER, des droits nouveaux sont nés qui ne sont à proprement parler ni des droits réels ni des droits de créance. Ces droits se sont rangés d'eux-mêmes dans la classification naturelle qui vient d'être esquissée. Quand les droits, dits intellectuels, se sont développés avec l'idée de personnalité, ils ont pris le nom de propriété, parce que, attachés à l'être humain, ils font partie de sa liberté.

La théorie de la cause a été empruntée par POTHIER au droit romain et à Domat. Cette théorie était née à Rome du formalisme, et elle y jouait un double rôle. Dans les contrats solennels, où la forme masque parfois l'injustice ou le néant, la théorie de la cause permettait de répéter, par une *condictio*, ce qui avait été payé en vertu d'une solennité vide de sens. Dans les contrats non solennels du *jus gentium*, la théorie de la cause permettait au juge de s'assurer, qu'à défaut d'une forme, dont la signification légale eût été connue, les parties avaient bien poursuivi l'un des buts juridiques auxquels le droit nouveau accordait sa protection (1).

Mais, dans la législation que nous présente POTHIER, d'où le formalisme a disparu, où les contrats sont consensuels, on peut se

---

(1) Nous faisons allusion ici à la cause finale, c'est-à-dire au but poursuivi par les contractants en conformité avec l'état économique et moral de la société. Nous laissons de côté la cause efficiente, celle qui donne à l'acte son caractère obligatoire, indépendamment de la fin visée par les parties (par exemple la solennité dans la stipulation). Ces deux causes ont été souvent confondues, car, bien que pour des raisons différentes, elles font naître toutes deux une action en justice.

demander quelle est l'utilité d'une théorie de la cause. En effet, si le consentement peut créer des obligations, ce consentement devrait être souverain dès l'instant qu'il porte sur des objets licites. Le juge ne devrait donc avoir d'autre tâche, que de rechercher l'existence d'un consentement portant sur un objet permis par la loi.

Or, non seulement POTHIER a conservé la théorie romaine de la cause, mais il l'a développée (1). C'est après Domat et POTHIER que la théorie de la cause a pris en France un caractère vraiment abstrait.

Le mot cause exprime ce qui contient en soit la raison d'être de quelque chose.

Si on l'applique aux actes juridiques, qui reposent chez nous sur la volonté, la cause envisagée sera la cause finale, c'est-à-dire le but poursuivi par l'acte juridique. Or, cette notion de but est double. Elle comprend, en premier lieu, l'idée d'une intention dirigée en vue d'un résultat à obtenir : elle est prise alors dans un sens subjectif. Elle comprend, en second lieu, l'idée du résultat matériel qu'on poursuit : elle est prise alors dans un sens objectif.

C'est sous le premier aspect qu'on envisage le plus souvent la cause juridique.

En effet, d'après la définition classique, la cause est, par opposition au motif personnel à chaque individu, la raison immédiate qui pousse le débiteur à s'obliger. Elle fait alors partie de l'analyse de la volonté.

Or, si on recherche le contenu psychologique de l'acte volontaire, on s'aperçoit que cet acte, qui est toujours précédé de sa propre représentation, a sa source, soit dans une manifestation de notre vie affective, soit dans un jugement. Il peut paraître arbitraire de décomposer tous les actes volontaires en une série d'opérations distinctes qui seraient la conception d'une fin à atteindre, la délibération, la décision et l'exécution. Rien n'est plus contraire à l'idée qu'on se doit faire d'un processus psychologique continu. L'acte volontaire est l'expression la plus haute de notre vie psychologique, il suppose une coordination et une fusion de tous les éléments dont celle-ci est composée (2).

---

(1) *Traité des Obligations* n° 42 à 46. Bugnet, T. II. p. 24 et suiv.

(2) Bergson. — *Essai sur les données immédiates de la conscience* (2<sup>e</sup> éd. 1921) pp. 121-123-138-183-184.

Dès lors pourquoi la science juridique s'efforce-t-elle de distinguer dans la manifestation de volonté d'un contractant trois moments : le consentement lui-même, la cause de ce consentement, et les motifs de ce consentement, les deux premiers seuls relevant du droit ?

M. Capitant écrit (1) : « L'acte de volonté se compose de deux éléments, d'abord le consentement qui est le fait de promettre, de s'engager, et ensuite la considération du but à atteindre au moyen de cette promesse » et plus loin (2) : « Le motif est la raison contingente, subjective, et par là même variable avec chaque individu, qui détermine une personne à conclure un contrat. ... Le motif exerce une influence décisive sur la volonté des contractants. ... Le droit n'en tient pas compte ».

Donc, bien que le motif soit un élément décisif de l'acte volontaire, il reste en dehors du domaine juridique. Quelle en est la raison ? M. Capitant explique (3) que dans un acte volontaire, le droit ne peut retenir que ce qui entre dans l'accord des volontés. Or, cet accord ne se fait que sur le consentement et sur la cause, qui, seuls, peuvent être connus des parties. En effet, les volontés ne se pénètrent pas totalement et chacune conserve un secret : ses motifs.

Mais, en réalité, on l'a vu, les contractants ignorent tout de la volonté de leurs co-contractants, le consentement et la cause, comme les motifs. Ils saisissent seulement les manifestations extérieures de la pensée.

Or, les motifs, pouvant, eux aussi, s'extérioriser, ils doivent, lorsqu'ils sont déclarés, entrer également dans la sphère du droit. De fait, la théorie causaliste la plus récente, reconnaît que dans les actes à titre gratuit, la cause se confond souvent avec le motif (4). Même dans les actes à titre onéreux, la jurisprudence tend à faire parfois du motif un élément essentiel du contrat (5).

La notion de cause, telle que la conçoit POTHIER, conduit donc à des difficultés, lorsque la fin poursuivie par un acte juridique est considérée dans son caractère intentionnel. On ne comprend pas

---

(1) Capitant. — *De la cause des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 1924). p. 19.

(2) Capitant. — *De la cause des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 1924). p. 23.

(3) Capitant. *op. cit.* p. 23.

(4) Colin et Capitant. *Cours de droit civil* T. II. p. 318.

(5) Colin et Capitant. *Cours de droit civil* T. II. p. 317.

aisément comment la cause, qui fait partie du consentement, en peut-être séparée. Et si l'on se base sur les manifestations extérieures qui traduisent le but visé par les parties, on aperçoit que rien n'empêche les motifs d'entrer dans le champ des accords de volontés. Il semble inutile d'ailleurs d'analyser la cause en un élément subjectif, puisque l'esprit des contractants ne peut être pénétré et que leur volonté nous est seulement connue par les actes qui l'ont matérialisée.

En outre, la cause étant la raison immédiate qui pousse les contractants à s'obliger, elle est toujours la même dans les contrats semblables (1). Or, rien n'est plus contraire à l'idée qu'on peut se faire de la volonté, nuancée, variable avec chaque individu. Une volonté, la même pour tout un groupe d'hommes placé dans une situation donnée, ne relève pas du domaine de la volonté individuelle, elle revêt un caractère collectif, partant un aspect social : imposée par les circonstances, elle prend un caractère objectif, puisqu'il lui est impossible d'être autre chose que ce que les faits lui ordonnent d'être.

On est donc amené à envisager la cause sous son second aspect : celui du résultat que les parties veulent obtenir.

Mais, alors que précédemment, la cause se distinguait mal du consentement, on est conduit ici à confondre la cause du contrat avec l'objet de l'obligation. M. Demogue considère en effet que la théorie de la cause n'est généralement « qu'une façon d'envisager « la théorie de l'objet, à condition de bien comprendre le mot objet, « de ne pas y voir une chose matérielle, mais le contenu de l'obligation » (2). Si on accepte cette définition compréhensive du mot objet, on voit que l'objet, et par suite la cause de l'obligation d'un contractant, serait quelque chose de bien voisin de l'obligation même du co-contractant (3), et la cause ne serait pas, là non plus, un élément original de la formation des actes juridiques.

---

(1) Dans la vente, par exemple, la cause de l'engagement du vendeur et la cause de l'engagement de l'acheteur sont toujours les mêmes.

(2) Demogue. — *Traité des Obligations*. T. II. p. 534.

(3) Ce raisonnement, qui semble ne pouvoir s'appliquer qu'aux contrats synallagmatiques, peut être étendu à tous les contrats à titre onéreux. M. Demogue tend en effet à analyser les contrats unilatéraux à titre onéreux (comme le prêt à intérêt) en contrats synallagmatiques

Or, dans son « Traité de la cause », M. Capitant semble avoir démontré que la notion de cause joue dans notre jurisprudence un rôle important, distinct de celui du consentement et de celui de l'objet (1). C'est donc que la notion de cause correspond à une réalité.

Quelle est cette réalité ? Si les théories inspirées par la doctrine abstraite de POTHIER ne permettent pas de la dégager, l'esprit plus positif de BLACKSTONE nous l'enseignera peut-être.

De même que le droit romain, le droit anglais est formaliste. Son plus ancien contrat est le « *Contract under Seal* », le contrat solennel sous le sceau, comparable dans ses effets à l'acte *per aes et libram* du vieux droit romain. Au XVI<sup>e</sup> siècle, par une réforme ana-

---

qui exigeraient pour leur formation l'exécution immédiate de l'obligation de l'une des parties (eod. p. 533). Quand aux libéralités, ou bien elles sont pures et simples et la recherche de la cause est vaine, ou bien elles comportent un engagement exprès ou tacite de la part du donataire et elles se ramènent à un contrat à titre onéreux (ibid.)

(1) Deux exemples suffiront à prouver que les tribunaux puisent dans la théorie de la cause des pouvoirs plus étendus que ceux qu'ils pourraient trouver dans la théorie du consentement ou dans la théorie de l'objet.

C'est en vertu de l'idée de cause, qu'en dépit de la disposition de l'art. 1134 1<sup>er</sup> al. du Code Civil, les tribunaux se reconnaissent la faculté de réviser le salaire librement consenti par le mandant au mandataire qui a exécuté ce qu'il avait promis (V. Capitant. *De la cause dans les obligations*, p. 209 à 215 et les arrêts qui y sont cités).

C'est également en vertu de l'idée de cause, que la jurisprudence annule certains contrats synallagmatiques qui ne pourraient être atteints avec la seule théorie de l'objet. Ainsi, Primus promet une somme d'argent à Secundus pour que Secundus s'abstienne de commettre un délit. L'objet de chacune des obligations nées de cette convention est licite. Pourtant les tribunaux annulent ce contrat, et ils le font par application de la théorie de la cause : la cause de la promesse de Primus en effet est illicite, car Secundus se fait remettre de l'argent pour s'abstenir d'un acte que la loi lui interdit (M. Capitant. op. cit. pp. 236 à 239 développe ce point et cite d'autres exemples).

Dans ces hypothèses, le consentement a été donné par des parties capables, en dehors de tout dol, de toute erreur et de toute violence. Les objets sont licites, possibles et déterminés. — La nullité de ces actes juridiques ne pouvait donc être obtenue à l'aide des principes juridiques applicables au seul consentement et au seul sujet.

logue à celle qui introduisit à Rome les contrats non solennels, l'action *d'assumpsit* est venue sanctionner, d'une manière générale, les rapports obligatoires ne dérivant pas d'un acte scellé. A la même époque apparut en Angleterre la notion de considération, qui correspond à la *cause civilis* romaine. A défaut de considération, la simple promesse n'est qu'un pacte nu, non obligatoire (1).

Dans ce système, la considération, comme autrefois la cause en droit romain (2), est un élément distinct du consentement et de l'objet, puisque ceux-ci ne suffisent pas pour assurer à eux seuls le caractère obligatoire du rapport juridique. La considération devient : « l'estampille juridique, la pierre de touche de la légalité » (3). Elle permet aux conventions d'entrer dans le cadre des situations juridiques protégées par la loi. Dès lors, la considération, comme la cause en droit romain, fait partie intégrante du formalisme : elle est, dans les contrats non solennels, la dernière forme exigée par la loi pour la validité du consentement.

Cet examen de la considération suggère une pensée.

Partout où elle s'est développée spontanément, non pas comme en droit français dans l'esprit des juristes, mais comme en droit romain et en droit anglais, dans un accord intime avec les faits, la théorie de la cause est liée au principe de l'autonomie de la volonté privée.

Par conséquent, si la notion de cause correspond chez nous à une réalité, n'en faut-il pas conclure que, dans notre législation, le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas absolu, qu'il subit des limites, et que ces limites sont tracées par la théorie de la cause ?

Plusieurs auteurs l'affirment : M. Cuq reconnaît qu'en droit

(1) BLACKSTONE. — Commentaires. L. II, ch. 30, p. 445 (Chompré III p. 437-438).

(2) Bien que la considération du droit anglais soit comparable à la cause du droit romain, il semble que cette institution soit de formation exclusivement anglaise (Cf. Walton. *Cause et considération dans le droit anglais des obligations*. Revue trimestrielle de droit civil. A° 1919, p. 469. — Pollock. *Contracts*. 8° éd. p. 181. — Contra : Salmond. *History of Contracts*, p. 336).

(3) Ces expressions sont empruntées à M. Lévy-Ullmann qui les employa dans le cours professé par lui à la Faculté de Droit de Paris sur *le droit des obligations en législation comparée*. (Année 1922-23).

français « l'exigence d'une cause est une restriction à l'autonomie de la volonté » (1).

Saleilles enseigne, de même, que notre théorie de la cause : « ...apporte une limite au principe de la liberté illimitée [des parties à un contrat]... : elle permet au juge... de rechercher le but direct que vise l'obligation, et qui, d'après la loi, rentre forcément dans le contenu de l'acte » (2). D'après Saleilles, le contenu d'un acte juridique échappe à l'autonomie de la volonté (3), la cause fait partie intégrante de ce contenu, et il n'appartient pas, à la personne qui s'oblige, de séparer sa promesse du but immédiat qu'elle a en vue en s'obligeant. Cela revient à dire que la cause est un élément constitutif de l'acte juridique (4).

Cette théorie marque un progrès sur les systèmes déjà rencontrés et qui découlent de la conception spiritualiste de POTHIER. Elle a le mérite de donner à la cause un caractère objectif, sans toutefois la confondre avec l'objet, ce qui lui dénierait toute originalité.

Par là, la doctrine de Saleilles nous ramène à BLACKSTONE.

Dans l'ouvrage de BLACKSTONE, la considération ne correspond pas à une notion abstraite, et l'idée psychologique d'une cause finale n'y semble pas même soupçonnée. On s'est toujours refusé Outre-Manche, à faire intervenir dans le droit des analyses psychologiques qui peuvent y paraître stériles (5), et le juge Brian (6) écrivait déjà

---

(1) Cuq. *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 390.

(2) Saleilles. *De la déclaration de volonté*. p. 252.

(3) Saleilles. *De la déclaration de volonté*. p. 253.

(4) Saleilles remarque d'ailleurs (*loc. cit.*) que si la théorie de la cause met dans notre droit une entrave à la souveraineté de la volonté privée, elle lui apporte en même temps une garantie. S'il rentre dans le pouvoir du juge d'apprécier ce qui forme le contenu de l'acte juridique, il ne doit pas cependant aller plus loin. Même sous prétexte de moralité et d'ordre public, il ne doit pas scruter les motifs, lorsque les parties ne les ont pas fait entrer dans le contenu de l'acte, car ce serait « compromettre la sécurité ou le crédit en matière d'affaires et de relations économiques ».

(5) On a vu plus haut que l'analyse psychologique de l'acte volontaire ne correspond guère à la distinction tentée par les jurisconsultes du continent entre le consentement, la cause et les motifs.

(6) Brian présidait, en 1477, la Cour des Plaids Communs.

au XV<sup>e</sup> siècle : « car comen erudition est q l'entent d'un home ne fen trie, car le Diable n'ad conusance de l'entent de home » (1).

BLACKSTONE nous présente donc la cause sous un aspect positif. En effet, en droit anglais, une convention non solennelle ne peut être valable, si chaque partie ne fournit quelque chose dans le contrat : c'est cette chose, « le prix du contrat », qu'on appelle considération (2). La considération désigne le « quid pro quo » que les parties se doivent mutuellement : dans les contrats synallagmatiques, la considération de l'obligation de chacun des contractants est la prestation fournie par l'autre contractant; dans les contrats unilatéraux à titre onéreux, la considération de l'obligation du débiteur est le désavantage subi par le créancier pour obtenir l'exécution de l'obligation que le débiteur contracte envers lui (3).

Cette notion de considération, notion objective, peut être rap-

(1) *Year-Books* — De Termino Paschae — Anno 17 regni regis Edwardi Quarti (1477).

« C'est un lieu commun que la pensée d'un homme ne peut être prouvée devant un tribunal, car le diable lui-même ne connaît pas l'intention des hommes ».

Cf. *Law Journal Reports* a° 1901 p. 665. Keighley, Mansted et Co. V. Durant (House of Lords).

Lévy Ullmann — *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais* (Extrait des annales de droit commercial français étranger et international) p. 27. — *Annales du droit commercial*. a° 1922. p. 48).

(2) BLACKSTONE. — Commentaires L. II. Ch. 30 p. 444 (Chompré T. III. p. 435).

(3) Par exemple, dans un prêt, cette considération sera la remise de la chose par le créancier (Capitant : *De la cause dans les obligations*, p. 192).

Il faut remarquer que, déjà du temps de BLACKSTONE, et plus encore aujourd'hui, la théorie de la considération est entrée dans celle de l'acte scellé. (BLACKSTONE. Comm. II. 20, p. 296-297 (Chompré III. p. 169 à 171). Dans les promesses unilatérales à titre gratuit, faites obligatoirement sous la forme solennelle, la notion de considération est également intervenue. Les Anglais se refusent à considérer les donations comme des actes purement gratuits : La satisfaction éprouvée par le donateur en disposant au profit du donataire est pour eux la contre partie du bénéfice réalisé par le donataire. Le sentiment d'affection qui a dicté la donation est une bonne considération. (Comm. BLACKSTONE. II. 30. p. 444. Chompré III. p. 435).

prochée de celle de la *causa civilis* romaine des contrats innomés, et BLACKSTONE, en effet, s'appuyant sur le texte de Paul (D. 19. 5. l. 5 pr), considère que les conventions non solennelles doivent rentrer dans l'une des combinaisons *do ut des, facio ut facias, facio ut des, do ut facias* pour être valables, car c'est alors seulement qu'elles contiennent des considérations suffisantes (1).

De même qu'à Rome, les contrats ne se forment donc pas, en Angleterre, par le seul consentement : il y faut un autre élément : la *causa*, la considération.

Puisque le droit romain et le droit anglais sont parvenus chacun de leur côté, sans que le premier ait inspiré le second, à une notion de cause purement objective, on peut penser qu'une manière si naturelle d'envisager la cause est plus conforme à la réalité que les vues abstraites qui dominent en France depuis Domat et POTHIER, donnant naissance à des difficultés nombreuses.

---

(1) BLACKSTONE. — Comm. L. II. Ch. 30, p. 444-445 (Chompré T. III, p. 436-437).

Après avoir posé le principe qu'un contrat non solennel ne peut être valable si chaque partie n'y fournit quelque chose, BLACKSTONE énonce les deux règles suivantes : 1° il n'est pas nécessaire que les prestations soient équivalentes « un degré quelconque de réciprocité suffit » (eod. p. 445 Chompré p. 438) 2° une considération est valable, même si elle se rattache à un acte juridique antérieur. Une obligation morale, par exemple celle qui repose sur une dette prescrite, est une considération suffisante (eod).

La jurisprudence anglaise qui, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, a précisé la notion de considération, a conservé la première règle posée par BLACKSTONE : « Un grain de poivre est une considération suffisante pour une dette de L. 100 » (Walton art. cité p. 421). Elle a rejeté la deuxième règle : une considération passée n'est plus aujourd'hui une considération valable, et les obligations naturelles ne peuvent être novées en obligations civiles (cependant, on admet encore que si un homme paye une dette prescrite, il n'a pas d'action en répétition : la prescription fait perdre l'action en justice, mais elle n'éteint pas la dette, aussi le débiteur ne fait-il pas une libéralité lorsqu'il paye (eod). La jurisprudence moderne a ajouté deux règles : 1° celle de la *légalité* de la considération : la considération ne doit pas être « *improper* », contraire aux bonnes mœurs (Cf. Capitant op. cit. p. 193) 2° celle de la *personnalité* de la considération : la considération d'une promesse doit émaner du bénéficiaire de la promesse (c'est par ce dernier caractère qu'on explique en droit anglais la nullité de la stipulation par autrui).

Le droit anglais, droit positif, démontre après le droit romain, qu'une théorie de la cause peut être construite, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à des suggestions purement doctrinales. Ces deux législations, dans lesquelles la cause s'est développée spontanément, ont toujours répugné aux recherches d'intention (1).

Voyons donc s'il serait possible d'expliquer la jurisprudence française, qui fait de la cause un élément original de la formation des obligations, en se servant de la méthode blackstonienne, c'est-à-dire de la méthode positive.

Pour y parvenir, il faut écarter toute idée d'analyse de la volonté et recourir au seul empirisme. Si nous pensons qu'un acte doit avoir une cause, n'est-ce pas parce que c'est un fait d'expérience que les engagements des hommes sont toujours pris dans certaines circonstances auxquelles, par une association d'idées inévitable, nous sommes fatalement conduits à les rattacher ?

Un marché a été passé entre Primus et Secundus : Primus a promis de remettre son cheval à Secundus, Secundus s'est engagé à payer une somme d'argent à Primus. Ce que nous découvrons de positif dans ce contrat, c'est d'abord le fait d'un accord, accord qui a terminé les tractations engagées, et qui s'est révélé par des gestes, des paroles ou des actes. C'est, en second lieu, ce fait matériel que l'acquisition d'un cheval, s'accompagnant le plus souvent de la remise d'un équivalent, il est normal de considérer le prix payé comme la raison d'être du transfert du cheval. Cette liaison entre la remise du cheval et le paiement du prix, nous ne la tirons pas de la connaissance de la volonté des contractants, nous la déduisons, comme un fait social connu, des expériences que nous offre la vie. Il suffit que nous rencontrions, dans un même acte, une pro-

---

(1) Puisque, dans ces législations, on se refuse à scruter la volonté, si la cause n'apparaît pas dans un acte, on est amené à considérer cet acte comme valable, en tant qu'acte abstrait, s'il présente certaines garanties extérieures. Ce résultat était atteint à Rome dans tous les contrats solennels. BLACKSTONE l'admet également, mais en vertu d'une présomption irréfragable de considération, pour les *bonds* (qui sont des actes scellés contenant une promesse de payer une certaine somme à une personne à un jour déterminé (Comm. L. II, ch. 20, p. 340. — Chompré III, p. 242) et pour les « *promissory notes* » (billets à ordre) — Comm. L. II, ch. 30, p. 446 (Chompré T. III, p. 439-440).

messe de donner un cheval et la promesse de payer un prix, pour que la chose nous apparaisse avec clarté : les deux engagements s'expliquent l'un l'autre, et notre empirisme juridique nous conduit à une association d'idées nécessaire. L'association d'idées se présente alors à nous avec une force d'évidence telle, que si les deux termes nous sont donnés simultanément dans un contrat synallagmatique, nous ne pouvons accepter l'un sans accepter l'autre, et que, si l'un doit être rejeté, nous sommes conduits à rejeter l'autre du même coup.

Si l'on suppose une promesse unilatérale de payer une somme d'argent, une nouvelle association d'idées s'impose à nous. Nous n'admettons pas qu'une personne s'engage par le seul désir d'exercer sa volonté, nous repoussons la conséquence extrême du principe de l'autonomie : une volonté ne se décide pas dans le seul but de se prouver à elle-même sa liberté. Toute promesse unilatérale est associée aux situations de fait dans lesquelles la science du droit nous apprend qu'elle peut se rencontrer. Si un engagement nous est connu, nous présumerons l'existence de la situation de fait qui l'a inspiré. S'il est démontré que cette situation de fait n'existe pas, l'engagement sera pour nous sans valeur, et il restera en dehors du commerce juridique, comme une vaine abstraction.

Mais ces situations de fait, auxquelles on peut rapporter une promesse unilatérale de payer une somme d'argent, doivent être considérées seulement d'un point de vue objectif. La situation d'un homme qui, par un engagement, assure l'avenir de sa concubine est fréquente. Le droit envisage cet engagement avec faveur ou avec défaveur, suivant les circonstances objectives qui l'ont entouré : la validité de cette promesse ne dépend pas des intentions particulières du donateur qui sont impénétrables, elle dépendra seulement des faits dans lesquels cette donation est intervenue.

Parfois, les parties se plaçant dans des situations exceptionnelles, il est nécessaire de tenir compte du but personnel qu'elles poursuivent. Comme il faut alors se baser sur la volonté particulière des contractants, il semble que le simple jeu de l'association des idées ne puisse suffire à l'interprétation du contrat. Ainsi, une personne achète un terrain pour y construire un édifice exigeant un minimum de superficie (1). Ici, le juge devra faire état de l'intention spéciale

---

(1) Cet exemple est emprunté à l'ouvrage de MM. Colin et Capitant (*Cours de droit civil* T. II, p. 317).

de l'acheteur pour annuler la vente si le terrain n'a pas la contenance voulue, et pour que son intention soit connue, l'acheteur devra indiquer, dans le contrat, la raison de son acquisition. Mais, le fait même de l'indication de ce motif dans le contrat transforme la situation individuelle de l'acquéreur en une situation objective, et c'est encore par une association d'idées que l'engagement de l'acheteur de payer le prix sera lié à l'engagement du vendeur de remettre un terrain d'une étendue déterminée.

Cette situation, se développant dans la pratique, donnera naissance à un nouveau type de contrat.

Les situations de fait, auxquelles un engagement peut être rapporté, resteront d'ailleurs en nombre limité, bien qu'elles puissent s'accroître avec les besoins sociaux. Ces situations sont connues du juge qui s'y réfère nécessairement. Et, en dehors de ces situations objectives, le consentement ne pourrait pas être obligatoire par lui-même, puisque le droit n'accepte pas qu'on veuille par simple caprice et pour le seul plaisir d'exercer sa volonté. Il semble donc que la vieille idée romaine, qu'un pacte nu n'est pas obligatoire, recevrait encore une application limitée dans notre droit français : pour qu'un engagement soit valable, il faudrait, outre la volonté de s'engager, que cet engagement se rapporte à une situation objective reconnue et protégée par le droit. Notre jurisprudence, dans le domaine de la cause, s'expliquerait par le désir du juge de rechercher si les engagements correspondent aux situations qui les légitiment, et, scrutant les détails de ces situations, nos tribunaux s'efforceraient d'y faire prévaloir l'équité et le respect de l'ordre public (1).

Les sociologues modernes ont appliqué l'esprit positif à la science du droit, non plus par tempérament et par goût comme le faisait BLACKSTONE, mais avec le souci d'une véritable rigueur scientifique.

On peut se demander si cette tentative ne permettrait pas de concilier le génie anglais de BLACKSTONE, appliqué à l'observation

---

(1) M. Demogue soutient une thèse tout à fait analogue (*Traité des obligations en général*. T. II. pp. 540 à 545). Pour cet auteur, la jurisprudence rechercherait, au moyen de la théorie de la cause, si l'obligation assumée dans un contrat est socialement utile. Le juge ne validerait les engagements que lorsque ceux-ci auraient une explication normale dans l'état actuel des mœurs et qu'ils ne contrediraient pas directement l'intérêt général.

des faits, et le génie français de POTHIER, porté vers la recherche des lois générales.

Durkheim se propose d'étudier les faits juridiques comme des faits sociaux, et de traiter les faits sociaux comme des choses (1). Pour cet auteur, les faits juridiques sont l'œuvre de la pression sociale à laquelle les contractants ne peuvent se soustraire : les hommes ne sont pas maîtres de concevoir et d'imposer des contrats nouveaux. Ces contrats nouveaux ne pourraient être sanctionnés que lorsque l'imitation leur aurait progressivement conféré un caractère social.

Si l'on adoptait les vues de cette école, on comprendrait aisément que l'acte qui s'éloigne du contenu juridique des actes types connus, ou qui poursuit des fins contraires à l'ordre social, soit annulé par le juge, celui-ci ne pouvant reconnaître que les causes légitimes de contracter, suggérées aux parties par le milieu social dans lequel elles vivent.

Mais on sait combien ces doctrines répugnent aux tendances individualistes des juristes français. Sans aller aussi loin que l'école sociologique, il suffira de trouver dans le droit anglais des enseignements utiles.

BLACKSTONE, en rattachant la théorie de la considération à la règle *ex nudo pacto actio non oritur*, montre comment la cause peut constituer, dans les actes juridiques, un élément original, distinct du consentement et de l'objet, et comment, à côté de la notion abstraite de cause, formulée par POTHIER, il est une autre notion plus positive de la cause qui se peut dégager de la seule observation des faits.

Ce rapprochement entre quelques théories de BLACKSTONE et de POTHIER met face à face deux systèmes juridiques qui s'opposent, chacun de nos jurisconsultes exprimant le génie de sa race.

POTHIER, dans sa conception de l'obligation, reflète l'esprit français qui excelle à traduire des idées abstraites en termes simples et clairs. L'autonomie de la volonté, avec sa justification théorique, empruntée à la philosophie spiritualiste du XVII<sup>e</sup> siècle est conforme à nos tendances intellectuelles : jusqu'à nos jours, elle est restée à la base des constructions doctrinales édifiées dans la matière de l'obligation. Cette technique présente des avantages : elle

---

(1) Durkheim. *Les règles de la méthode sociologique*. Ch. I et II.

autorise les grandes vues d'ensemble, d'où la raison déduit des conséquences pratiques harmonieusement enchaînées. Mais les inconvénients de ce système apparaissent lorsque les principes dominants viennent à être contestés : les difficultés soulevées aujourd'hui par la théorie de POTHIER sur la distinction des droits réels et des droits personnels et sur la cause en sont des exemples.

BLACKSTONE, ne s'attachant qu'aux faits, et niant l'idée abstraite d'obligation, représente également l'esprit juridique de sa nation. C'est l'empirisme de Locke, trait dominant de l'école philosophique anglaise, que notre jurisconsulte met en œuvre dans le droit. Les avantages de ce système sont la souplesse d'une technique qui, se modelant sur les faits, en suit l'évolution. Les inconvénients tiennent ici à la difficulté de présenter les résultats acquis : la réputation de BLACKSTONE, on le sait, est due en grande partie à l'ordre qu'il sut introduire dans le chaos du droit anglais.

L'étude comparée des systèmes juridiques anglais et français, à travers les auteurs qui les traduisent, permet de corriger l'une par l'autre, deux techniques si différentes.

Les circonstances y sont favorables : notre Code, vieux de plus d'un siècle, a perdu de son autorité ; à côté de lui, une jurisprudence se développe dont la valeur grandit chaque jour : notre droit moderne tend à revêtir l'aspect que le droit anglais présentait à l'époque de BLACKSTONE. L'Angleterre, au contraire, s'ouvre aujourd'hui aux doctrines allemandes et françaises, partant, aux vues abstraites et théoriques.

Mais, si la marche des événements rapproche les techniques juridiques dont BLACKSTONE et POTHIER nous fournissent le modèle, doit-on conclure, avec M. LAMBERT, que l'étude du droit comparé nous achemine vers l'unification des législations ? Il semble difficile de l'admettre quand on a entretenu un commerce avec nos deux jurisconsultes. On sent davantage les différences irréductibles qui séparent l'esprit juridique français et l'esprit juridique anglais, quand, au lieu de les considérer à travers deux règles impersonnelles, on les envisage dans la pensée de deux hommes, personnifiant leur génie national.

Le droit, qui s'exprime dans les œuvres des juristes, dépendra toujours, dans sa technique, des caractères accusés par les races (1).

---

(1) Si les techniques restent différentes, et si ces différences de-

A l'heure où POTHIER, retiré dans son Cabinet d'Orléans, croyait rédiger les principes éternels du droit hérités de Rome, un jurisconsulte anglais, ignoré de lui, composait une œuvre originale et profonde sur des données entièrement différentes.

Ce souvenir doit être présent à l'esprit quand on aborde l'étude du droit comparé.

---

meurent dans la plupart des chapitres de la science juridique, un fonds de droit uniforme tend cependant à se constituer en matière de rapports d'affaires (Cf. Lévy-Ullmann — *Vers le droit mondial du XX<sup>e</sup> siècle*. Préface au T. I. de la Collection d'études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international. p. 1 et 2).



## **QUATRIEME PARTIE**



**Influence exercée par BLACKSTONE et par POTHIER**  
**sur le développement du droit anglais et du droit français**  
**Importance actuelle de leurs ouvrages**

L'influence exercée, après leur mort, par les jurisconsultes, sur les institutions juridiques de leur pays n'est pas nécessairement en rapport avec l'autorité dont ils ont joui de leur vivant. On sait quel succès accueillit de leur temps les ouvrages de BLACKSTONE et de POTHIER, il convient maintenant de rechercher si, dans les années qui les ont suivis, nos deux auteurs ont conservé leur ascendant sur la pensée juridique en France et en Angleterre. Il faudra ensuite se demander quel intérêt leurs œuvres présentent aujourd'hui : continue-t-on de les citer, voire de les lire ?

A toutes les époques, les jurisconsultes ont fait sentir leur influence sur le développement du droit. Mais, le point d'évolution, le degré de perfection atteints par la science juridique leur assignent des rôles différents qui ne leur permettent pas d'acquérir une égale renommée : les jurisconsultes les plus célèbres ne sont pas nécessairement ceux qui ont fait réaliser au droit ses plus grands progrès.

Quand le droit est encore en formation, les jurisconsultes contribuent au perfectionnement de la science juridique en l'assouplissant : c'est ainsi qu'à Rome, les Pontifes adaptèrent les règles traditionnelles, de caractère religieux ou symbolique, aux besoins nouveaux de la pratique (1), c'est ainsi qu'en France, nos anciens auteurs détournèrent certains adages de leur sens originaire afin d'élargir leur portée (2), au moyen-âge, les légistes avaient fait usage des principes du droit romain pour reconstituer l'autorité royale. Tous ces jurisconsultes ont, par des moyens détournés,

---

(1) V. Girard, *Manuel de droit romain*, 6<sup>e</sup> éd. p. 44. Le travail des Pontifes s'exerça particulièrement sur l'affranchissement, l'*in jure cessio*, l'adoption, le testament *per aes et libram*.

(2) Les maximes : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque », « donner et retenir ne vaut » en offrent des exemples.

ajusté les institutions à des buts auxquels elles n'étaient pas destinées : ils furent surtout des praticiens, et leur nom est généralement demeuré obscur. BLACKSTONE et POTHIER ne rentrent pas dans cette catégorie : quand ils écrivent, cette évolution du droit est généralement achevée.

Lorsque les expédients, lorsque la transformation des règles déjà connues, ne suffirent plus à faire naître de nouveaux progrès, les juristes s'efforcèrent de travailler, non plus sur des formules existantes, mais sur des idées ou sur des faits. On examina les institutions dans leur fonctionnement, et l'on chercha à dégager, de chacune d'elles, les traits distinctifs qui les caractérisaient. C'est par un travail d'analyse que se firent désormais les nouvelles conquêtes juridiques : les éléments essentiels de chaque institution furent mis en relief, et l'on établit, entre les différents droits, des classifications fondées sur des notions d'allure scientifique, fournies par l'observation : c'est ainsi qu'à Rome, les juristes de la fin de la République distinguèrent des droits jusqu'alors confondus : ils séparèrent le droit du *pater-familias* sur les personnes de sa famille (*potestas*) de celui dont il était investi sur les choses de son patrimoine (*dominium*) (1). Les caractères de la propriété, de la possession, des servitudes, furent nettement définis, chacune de ces institutions fut isolée, la seule nature des droits imposa désormais les règles à édicter. Les mécanismes juridiques n'eurent plus rien d'artificiel, on ne demanda plus aux institutions que de satisfaire aux réalités vivantes avec lesquelles elles se trouvaient en contact.

BLACKSTONE et POTHIER étaient, l'un et l'autre, rompus à l'analyse : mais ils ne semblent pas avoir employé leurs dons à découvrir des éléments d'institutions juridiques qui auraient échappé à leurs devanciers. POTHIER s'est efforcé, dans ses travaux, à exposer avec clarté les décompositions opérées par ses prédécesseurs : il semble moins soucieux d'ajouter aux résultats obtenus que de mettre exactement à leur place les acquisitions déjà faites. BLACKSTONE ne chercha pas à tirer des données nouvelles du droit anglais, il se proposa d'en débrouiller la confusion et d'ordonner les institutions dans un plan logique.

---

(1) Cuj. *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 41 et 42.

Au travail d'analyse s'oppose le travail de synthèse. Lorsque les caractères essentiels des institutions ont été dégagés, les juristes cherchent, s'il est possible, à les grouper dans un ordre différent : ils appliquent leurs efforts à élaborer, avec les éléments ainsi séparés, des constructions juridiques nouvelles. En dépit de leur nature artificielle, ces créations jouissent le plus souvent d'un grand retentissement. Les bâtisseurs de systèmes poursuivent généralement des buts politiques ou sociaux, ils deviennent les champions autour desquels se groupent les aspirations et les enthousiasmes : Bartole, en Italie, Dumoulin et d'Argentré, en France, incarnaient les tendances nationales, démocratiques ou nobiliaires de leur époque, cela explique leur succès. Ce mérite n'appartint ni à BLACKSTONE ni à POTHIER : ils ne s'enrôlèrent pas sous les bannières d'un parti, ils ne prétendirent pas combattre au nom d'une cause, jamais ils n'assurèrent le triomphe d'une idée. Ils ont fait œuvre plus impartiale, partant plus générale et plus scientifique : le temps ne les atteint pas.

Les ouvrages de nos deux auteurs ne présentent-ils donc qu'un intérêt purement historique et devons-nous confondre BLACKSTONE et POTHIER avec ces jurisconsultes, témoins avertis du passé, qui se sont contentés de décrire les institutions de leur pays, scrupuleusement observées ? Pouvons-nous dire que si la science retient leur noms parmi les plus glorieux, c'est parce qu'ils nous permettent de satisfaire notre curiosité sur des époques qui, sans eux, nous seraient mal connues ? Lorsque le droit est purement coutumier, lorsqu'il repose sur des traditions anciennes, lorsque les hommes ne sont rien et que les coutumes inspirées par la religion et par les mœurs sont prédominantes, les jurisconsultes ne sont en effet que l'expression d'un droit que nul ne songe à modifier. Ce que nous leur demandons alors, c'est de nous faire connaître exactement l'état de la science juridique au moment où ils ont vécu, sans y mêler des vues théoriques personnelles ni des souvenirs empruntés à d'autres législations. Ainsi, l'œuvre de Beaumanoir, et celle attribuée à Glanville (1) ont été le miroir des institutions fran-

---

(1) L'auteur du livre attribué à Glanville s'était proposé de faire connaître les usages judiciaires de son temps, mais comme il était difficile d'embrasser tout le droit et toutes les juridictions, il se restrei-

gaises et anglaises, telles qu'elles fonctionnaient au moyen-âge. Ce n'est pas ce caractère que nous retiendrons de préférence dans les ouvrages de BLACKSTONE et de POTHIER : nous possédons, sur les usages juridiques du XVIII<sup>e</sup> siècle, des sources assez nombreuses et assez certaines pour demander à nos deux auteurs un enseignement tout différent : pour saisir sur le vif l'esprit original de cette époque, il semble préférable de se reporter à la pratique dont les documents abondent.

Il convient donc de placer BLACKSTONE et POTHIER dans une catégorie particulière de juristes, parmi ceux qui, venus à une époque où l'élaboration du droit est à peu près complète, donnent à la science juridique de leur pays une forme claire et définitive. Mettant à profit les travaux de leurs devanciers, ils permettent au droit de leur temps de prendre conscience de lui-même, et, après un moment de repliement et de réflexion, de s'ouvrir de nouvelles voies. Ces juristes sont des vulgarisateurs : leur influence est prépondérante. Cette influence se manifeste à plusieurs points de vue. Le juriste vulgarisateur peut exercer son ascendant sur l'enseignement et sur la diffusion du droit, il se propose alors de rendre plus accessible au public les données jusque là éparses et obscures, et de présenter les institutions sur un plan logique qui s'impose aux générations futures : de même que les auteurs français sont restés longtemps tributaires du plan des Institutes de Justinien, de même les Anglais et les Américains subissent encore le plan des Commentaires de BLACKSTONE. POTHIER fut également un vulgarisateur, mais il compte parmi les auteurs qui, en présence d'un plan déjà créé et de solutions déjà existantes, trouvent, pour exposer les institutions, une expression si claire et si parfaite que leur ouvrage a déjà les allures d'un texte législatif : l'œuvre de POTHIER, c'est le Code civil en puissance.

BLACKSTONE fut un vulgarisateur du premier type : son but était de propager la science du droit anglais, non seulement parmi les étudiants, mais aussi parmi les citoyens : il estimait, on l'a vu, que la connaissance de la législation nationale était nécessaire à tous

---

gnit à l'usage de la procédure de la Cour du Roi et des litiges qu'il lui appartenait de trancher. Glasson. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*. T. II, p. 85.

les Anglais, puisque les institutions de leur pays reposaient sur le principe des libertés publiques. Son titre principal est d'avoir porté à sa perfection un enseignement ignoré jusqu'à lui, et d'avoir révélé à ses compatriotes la valeur et l'originalité de leur système juridique. C'est un phénomène assez général, que l'étude scientifique d'une législation ne soit entreprise qu'à partir de l'époque où elle s'est déjà constituée : en France, le droit romain et le droit canonique furent seuls enseignés dans les Universités jusqu'à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, on sait qu'il en fut de même en Angleterre jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, et, tout en faisant la part des événements qui exclurent l'étude du droit national des Universités anglaises, il faut reconnaître que c'est le caractère même de ce droit qui détourna les jurisconsultes d'en entreprendre un exposé dogmatique et complet. Jusqu'à l'ouverture du cours de BLACKSTONE à Oxford, l'effort des juristes anglais s'était porté principalement sur les législations anciennes, le droit anglais était dédaigné parce qu'il relevait seulement de la pratique judiciaire. Les législations coutumières rebutent, en effet, au premier abord : les termes, un peu barbares, empruntés à la procédure d'où le droit naît à cette époque, le défaut d'ordre méthodique, résultat inévitable d'une formation au jour le jour, sous la pression des besoins du moment, tous ces caractères affaiblissent l'intérêt qu'on peut apporter à cette étude : il est difficile d'apercevoir à travers cette confusion ce qui traduit dans un droit coutumier, le fond d'idées vraiment original qui permet de le classer dans les systèmes scientifiques déjà connus. Il faut au premier jurisconsulte qui entreprend d'en dégager les principes, une conscience profonde de la valeur de l'instrument qui s'est ainsi forgé en silence pendant plusieurs siècles. Or, ce sentiment, BLACKSTONE en était dominé : c'est pénétré du mérite du droit anglais que notre jurisconsulte s'est efforcé de le tirer de l'obscurité et d'en répandre la connaissance : il le dépouilla, avec adresse, de la gangue dans laquelle il se trouvait enfermé, il le présenta sur un plan simple et original, et le développa dans un style littéraire dont ses critiques même durent faire l'éloge. Il mit également en relief les traits distinctifs de son droit national, traits qui en avaient retardé jusqu'à lui la systématisation.

BLACKSTONE observe que l'Angleterre, seule, est assujettie aux dispositions de la Common Law ; le Pays de Galles, l'Ecosse, l'Irlande,

l'Ile de Man et les Iles de la Manche bénéficiant d'un statut particulier (1). Il fait ressortir que la Common Law ne se rattache en rien à la législation romaine et à la législation canonique : les coutumes qui régissent l'Angleterre sont nées sur ce territoire; sans doute, elles se sont mêlées au cours des siècles, aux institutions des peuplades qui ont formé la race anglo-saxonne (2), mais le droit romain et le droit canonique n'ont jamais pénétré le droit anglais national, ils sont donc dépourvus de toute autorité quand les coutumes n'en disposent pas autrement (3). C'est à ce caractère non

---

(1) Commentaires. Introduction, sect. IV « Des contrées régies par les lois de l'Angleterre. »

(2) Comm. Introduction, sect. III « Des lois de l'Angleterre » (Chompré, I, p. 97-98).

(3) On lit, en effet, dans la leçon inaugurale de BLACKSTONE. Introduction, sect. I (Chompré I, p. 18-19) : « Les lois civiles et les lois canoniques, considérées comme imposant une obligation par elles-mêmes, n'ont ni force ni autorité dans ce royaume; elles n'y sont pas plus obligatoires que nos lois ne le sont à Rome. Ces lois étrangères ont été, à la vérité, introduites et admises par nos lois dans quelques cas particuliers, en quelques tribunaux particuliers et relativement à quelques espèces particulières de propriétés; mais c'est à cela que se borne leur autorité qui n'est fondée que sur cette permission et admission... Dans celles de nos Cours anglaises où l'on a admis les lois civiles et canoniques, si les limites qui leur sont fixées sont outrepassées par une extension à d'autres objets que ce qui leur est assigné, ou si les Cours procèdent en conformité des décisions de ces lois dans des cas où la loi du pays le désapprouve, alors la loi commune peut prohiber ou annuler leurs actes, et il ne suffirait pas, pour les justifier, d'alléguer devant les Cours du Roi à Westminster qu'on s'est fondé sur les lois de Justinien et de Grégoire, qu'on s'est conformé aux décrets de la Rote ou à ceux de la Chambre Impériale ».

Cf. Sur l'opposition de la noblesse à l'introduction des lois romaines en Angleterre. Introduction, sect. I (Chompré I, p. 25-26).

Les auteurs plus récents pensent, au contraire, que le droit romain et le droit canonique jouèrent un rôle important dans la formation de la Common Law. Sumner-Maine émet cette opinion (*Ancient Law*, p. 32 de la traduction Courcelle-Seneuil). On peut lire ce passage dans l'ouvrage de M. Lambert : *Fonction du droit comparé*, p. 190, qui, à cet endroit, cite en note les ouvrages des jurisconsultes ayant adopté ce point de vue : Pollock et Maitland : *History of English Law*, 1<sup>re</sup> éd. I, p. 88-114 et p. 144-186. Reeves. *History of English Law*. IV, Ch. 24-25. Stephen, *New Commentaries on the Law of England*, 10<sup>e</sup> éd. I, p. 42

romanisé de la loi commune que BLACKSTONE attribue la physionomie libérale permanente de la constitution anglaise (1). C'est également ce caractère non romanisé du droit anglais qui explique comment le régime féodal a pu s'implanter en Angleterre après la conquête normande, comment il a pu s'y maintenir et s'y développer, au point qu'il soit impossible de comprendre « la constitution civile de ce royaume, ainsi que celle des lois qui sont relatives aux propriétés foncières, sans avoir une notion générale de la nature et de la doctrine des fiefs » (2). La nature coutumière des institutions juridiques anglaises conduit BLACKSTONE à rechercher comment l'existence et la validité des préceptes de la loi commune peuvent être établies et reconnues, et c'est alors qu'il fait apparaître le trait le plus original du droit anglais : il expose la théorie orthodoxe, en vertu de laquelle ce sont les juges des différentes cours de justice qui, étant « les dépositaires des lois, les oracles vivants » (3) décident souverainement quelles sont les maximes qui constituent la Common Law (4). Le droit national anglais n'est donc

---

et suiv. Sur l'influence du droit romain : Guterborck : *Henricus de Bracton und sein Verhältnis zum Römischen Rechte*. Berlin 1862. Erwin Gruber : *Über den Einfluss des Römischen Rechtes in England mit besonderer Rücksicht auf das Recht der Schuldverträge*, dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 1895, XI. p. 253-274.

La Common Law est née de la pratique judiciaire, or, après l'établissement des Normands en Angleterre, les juges firent de nombreux emprunts au droit romain et au droit canonique, parce qu'ils étaient peu familiers avec la loi anglo-saxonne, et parce que la seule coutume de Normandie, transplantée en Angleterre, ne pouvait régler les situations nouvelles créées par la conquête (Lambert, Op. cit. p. 197-198).

(1) Comm. Introduction, sect. III (Chompré I, p. 101).

(2) Comm. L. II, ch. IV; Du système féodal (Chompré T. II p. 273). Christian annote justement que BLACKSTONE aurait dû faire apparaître le caractère féodal du droit anglais au seuil de son ouvrage.

(3) Comm. Introduction, sect. III (Chompré, I, p. 104).

(4) Dans la section III de son Introduction intitulée « Des lois de l'Angleterre », BLACKSTONE fait remarquer que la loi commune n'est pas seule à régir les rapports sociaux en Angleterre. Il observe que la loi municipale anglaise se décompose tout d'abord en deux espèces : la loi non écrite et la loi écrite (Chompré I, p. 96). La loi écrite, qui se présente sous la forme de statuts émanés du Parlement, a un caractère exceptionnel : elle a pour but tantôt de suppléer aux déficiences de

pas formé de coutumes qui seraient une émanation de la conscience juridique générale (1) : il est né de la pratique jurisprudentielle, il est l'œuvre des tribunaux (2). Certes, on ne peut dire que le magistrat crée le droit, car le droit préexiste aux jugements, mais les

---

la loi commune (Statuts correctifs), tantôt de redonner la vie à certaines maximes de la loi commune tombées dans l'oubli, ou devenues sujettes à contestations (statuts déclaratoires) (Chompré I, p. 133 à 138 — De la page 138 à la page 147, BLACKSTONE développe les règles d'interprétation de ces statuts) — La loi non écrite comprend elle-même, avec la Common Law (les coutumes générales à tout le royaume), les coutumes propres à certaines régions, et les lois particulières que l'usage impose à certaines juridictions (Chompré I, p. 96). Ces lois particulières sont les lois romaines et canoniques, appliquées par quatre espèces de tribunaux : les Cours ecclésiastiques, les Cours militaires, les Cours d'amirauté et les Cours des deux Universités (Chompré I, p. 124-133). Les coutumes propres à certaines régions, telles que celle Gavelkind (en vigueur dans le Comté de Kent), de Borough-English et de la ville de Londres sont un dernier vestige de l'ancienne multiplicité des coutumes locales. La loi commune est née de la fusion de toutes ces coutumes, mais certaines régions se sont vu conférer le privilège de conserver leur propre statut (Chompré I, p. 115-118). Ces coutumes particulières sont assujetties à des règles rigoureuses de preuve (Chompré I, p. 118-119); lorsque leur existence est prouvée, il faut établir leur légalité : les coutumes particulières doivent être en usage depuis un temps immémorial, elles doivent avoir été continues, pratiquées paisiblement, il faut enfin qu'elles soient raisonnables, que leur sens soit certain et qu'elles concordent entre elles (Chompré I, p. 120-123). BLACKSTONE ajoute que ces coutumes spéciales doivent être interprétées strictement (id. p. 123-124) — Toutes ces conditions apportées à la validité des lois locales, sont inspirées par le désir d'unifier le droit anglais, et de substituer le régime unitaire de la Common Law à l'ancienne diversité juridique du moyen-âge. (Lambert, Op. cit. p. 175-179). La loi commune est enfin la partie principale du droit anglais, « la pierre angulaire des lois de l'Angleterre » (Chompré I, p. 112). Elle seule a le caractère judiciaire exposé au texte.

(1) BLACKSTONE fait bien allusion à la théorie romaine du « *tacitus consensus populi* », fondement de la coutume (Chompré I, 97-103, 112 à 114), mais cette idée, exprimée au début et à la fin de ses développements sur la loi commune, ne pénètre pas l'exposé lui-même : dans le chapitre sur la Common Law, notre auteur se consacre uniquement à la question de preuve, il est ainsi amené à dégager le caractère judiciaire du droit anglais (Lambert, Op. cit. p. 180-182).

(2) Comm. Introduction. Sect. III (Chompré I, p. 104-109).

règles coutumières doivent être révélées au vulgaire qui ne peut les découvrir par ses propres lumières; le juge seul peut les exprimer, seul, il peut dire le droit, comme, seul, le devin antique disait jadis la volonté des dieux (1). Quand une Cour de justice s'est prononcée sur un point de droit, la solution donnée est définitivement acquise, elle s'impose dans l'avenir, et elle fait loi (2). Cette autorité reconnue aux précédents, cette « superstition du cas » (3) confère au droit anglais son caractère exclusivement judiciaire; les principes de ce droit ne doivent pas être cherchés dans un Code, c'est uniquement dans les « *Reports* », dans les recueils de jurisprudence publiés annuellement sous le nom de « *Year-books* », qu'il faut chercher la preuve des coutumes légales (4).

---

(1) Comp. Lambert Op. cit. p. 183-185.

(2) Comm. Introduction, Sect. III. Chompré I, p. 104 : « C'est une règle établie de s'en tenir aux décisions antérieures, lorsque les mêmes points de contestation se représentent ». — p. 105 : « Lorsque la loi est déclarée et déterminée par le juge, ce qui était auparavant incertain, peut-être indifférent, devient alors une règle permanente ».

(3) Cette expression est empruntée à M. Lambert. Op. Cit. p. 96. M. Lambert consacre de longs développements à ces caractères du droit anglais, dans deux passages de son ouvrage. p. 96-101 et p. 174-199.

(4) « Les décisions des Cours de Justice sont les preuves de ce qui forme la loi commune : Chompré I, p. 109. BLACKSTONE définit ensuite les *Reports* qui contiennent le droit anglais tout entier, Chompré I, 109-110.

Les traits distinctifs du droit anglais moderne ont été mis en relief par M. Lévy-Ullmann, dans une communication faite le 20 Déc. 1918 à la Société de législation comparée (*Bulletin de la Société de législation comparée*. 1919). Cette communication a fait l'objet d'un tirage à part et elle existe sous la forme d'une brochure intitulée : « *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-saxon* ». — Outre les caractères indiqués au texte, et qui ont été dégagés par BLACKSTONE, M. Levy-Ullmann fait ressortir le caractère « historique » du droit anglais : il n'y a pas eu en Angleterre d'équivalent de la loi du 30 Ventôse an XII qui abrogeait le droit antérieur au Code de 1804, il en résulte qu'on peut se prévaloir des coutumes les plus anciennes. BLACKSTONE ne semble pas avoir été frappé par ce trait, on n'en peut être surpris. Notre jurisconsulte subordonne la validité d'une coutume à ce fait qu'elle existe depuis un temps immémorial (Introduction. sect. III, Chompré I, p. 101 et 103), il n'a jamais envisagé l'hypothèse d'une codification.

C'est pourtant un phénomène assez remarquable que le droit anglais n'ait pas éprouvé le besoin d'une codification générale, et que, même à l'heure actuelle, les juristes du Royaume-Uni, dans leur grande majorité, ne s'en déclarent pas partisans. Un code, en effet, peut répondre à diverses préoccupations : il peut avoir pour but d'établir une unité législative pour remédier à l'inconvénient des lois locales variées et complexes, il peut viser également à la consécration solennelle d'un état d'esprit nouveau qu'on imagine définitif. Or, ni l'un ni l'autre de ces besoins ne paraît avoir sollicité les Anglais : la loi commune offre, par elle-même, un fonds d'unité suffisante pour qu'une législation unitaire ne devienne pas indispensable : des codifications partielles satisfont aux nécessités pratiques (1). — La race anglo-saxonne ne semble pas non plus disposée à se laisser séduire par ces idées générales, par ces prétensions à des vues abstraites qui expliquent, pour partie, la rédaction de notre Code civil de 1804, et, plus particulièrement encore, celle du Code allemand de 1900.

Aucune nécessité politique, aucune ambition d'hommes désireux d'attacher leur nom à une grande œuvre législative n'ont ouvert la voie en Angleterre à une codification générale. Mais, n'est-il pas surprenant qu'un ouvrage systématique, comme celui de BLACKSTONE, n'ait pas provoqué, en la facilitant, l'œuvre d'un législateur ? BLACKSTONE n'a-t-il pas simplifié, clarifié toute la matière juridique ? Les commentaires de l'auteur anglais et les *Traité*s de POTHIER ne sont-ils pas des ouvrages parallèles, nés du même esprit, provoqués par des besoins analogues, et devant logiquement aboutir à des résultats identiques ? Il faut bien reconnaître que, malgré leur étroite parenté, les œuvres de nos juristes présentent des caractères très différents : les traits distinctifs des commentaires expliquent, aussi bien que les événements survenus en Angleterre au XIX<sup>e</sup> siècle, pourquoi l'influence de BLACKSTONE ne fut pas, dans son pays, celle que POTHIER exerça chez nous. Le caractère un peu déclamatoire des Commentaires, les vues historiques mêlées au texte, les

---

(1) Plusieurs lois de codification ont été promulguées en Angleterre depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : la loi de 1882 sur la lettre de change et les titres négociables, celle de 1890 sur les Sociétés de personnes, celle de 1893 sur les ventes mobilières, celle de 1907 sur les Assurances maritimes.

doctrines philosophiques répandues dans tout l'ouvrage n'étaient pas de nature à inspirer une rédaction codifiée. Enfin BLACKSTONE, fidèle à sa mission de professeur et de vulgarisateur, s'était contenté d'offrir à ses lecteurs une vue d'ensemble sur le droit anglais : il lui aurait fallu approfondir davantage chacune des matières de la science juridique pour pouvoir servir de guide et de modèle à un législateur futur.

L'histoire politique de l'Angleterre au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la réaction provoquée outre-Manche par les violences de la Révolution française, les conflits nés de la question des réformes électorales avaient entraîné, avec le déclin des études juridiques, la faillite des Commentaires (1). Le parti Tory, qui détenait alors le pouvoir, décourageait l'enseignement du droit (2), le parti Whig, qui comptait de nombreux disciples de Bentham, s'élevait contre le système des lois anglaises : ces lois devant être réformées, leur diffusion était inutile (3). BLACKSTONE fut donc victime de la politique de ses admirateurs autant que des attaques de ses adversaires. Les conservateurs, fidèles aux conceptions ordinaires de ce parti, redoutaient la vulgarisation du droit, principe d'émancipation, les libéraux dénonçaient l'optimisme radical du Commentateur, comme un obstacle intolérable aux progrès de l'humanité; pour les Whigs, BLACKSTONE était un ennemi, ennemi d'autant plus redoutable qu'il semblait aveuglé par les éloges qu'il faisait de la constitution. Ne paraissait-il pas ignorer que le système politique dont il vantait la structure, le libéralisme, dépouillait de ses droits civiques la plupart des citoyens ? (4). Que les Commentaires aient subi une éclipse, que BLACKSTONE n'ait pas fait école en Angleterre, il n'en faut donc pas être surpris, et, de fait, ses successeurs immédiats à la chaire de droit anglais restèrent ignorés (5). Jusqu'en 1850, d'ailleurs, les Universités anglaises demeurèrent inactives, les études juridiques furent négligées, les jurisconsultes rares, peu influents, sans originalité ni mérite personnel : le droit romain leur était peu familier,

---

(1) Dicey. *National Review*. Décembre 1909, p. 667.

(2) Ibid.

(3) Ibid.

(4) *Yale-Law Journal*. Avril 1919, p. 564 (Article de William Blake-Odgers).

(5) Dicey, *Op. cit.* p. 666-667.

l'histoire du droit était inexplorée, on ne savait rien des travaux publiés par les juristes du Continent, les théories philosophiques, base des constructions juridiques, n'éveillaient plus d'intérêt. Après les réformes démocratiques de 1832, on justifiait encore le régime politique de l'Angleterre par les doctrines évidemment surannées de Montesquieu; les traités les plus en vue sur les contrats négligeaient d'analyser la nature même de ses contrats; les historiens du droit semblaient ignorer que les destinées d'un peuple sont en relation étroite avec l'évolution de ses idées juridiques (1). Si donc cette période put fournir les praticiens de répertoires, elle ne donna pas, à la science anglaise, un corps de doctrine synthétique, dominé par des principes sûrs et réfléchis. Pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, l'exemple de BLACKSTONE resta sans effets.

Vers 1860, la science juridique se réveilla, et l'on entra dans la voie montrée par notre Commentateur. Un enseignement théorique, systématique, fut préconisé et appliqué dans les Universités, sorties de leur torpeur; les jurisconsultes, prenant conscience de leur rôle, entreprirent des ouvrages de vulgarisation, dépouillés de tout jargon technique. Mais, si la méthode de BLACKSTONE fut alors triomphante, et si les arcanes du droit furent ouverts à toutes les bonnes volontés, l'on peut dire que l'œuvre de notre jurisconsulte fut imitée, mais qu'elle ne fut pas continuée. Aussi bien, l'état de la législation anglaise depuis 1830, les nombreuses réformes apportées au système juridique antérieur, l'important accroissement du corps des statuts émanés du Parlement rendaient-ils impossible la tentative d'une systématisation générale du droit britannique. Devant cette nouvelle confusion, devant ce nouveau développement législatif, les jurisconsultes furent contraints de se spécialiser et d'adopter la méthode monographique : chacun se proposa dès lors d'approfondir la matière qui lui était impartie en y apportant la méthode blackstonienne. L'origine de ce mouvement remonte à 1861. A cette date apparut l'« *Ancient Law* » de Maine et une réédition de l'ouvrage considérable d'Austin : « *The province of Jurisprudence determined* » qui n'avait pu, lors de sa première publication, secouer l'indifférence générale (2). La pénétration de ces deux juricons-

(1) Dicey, Op. cit. p. 670-672.

(2) C'est dans cet ouvrage que Austin exposa la distinction entre les droits absolus et les droits relatifs, distinction qu'il avait empruntée

sultes, leur effort de généralisation, les théories suggestives qu'ils étaient parvenus à dégager, provoquèrent en Angleterre toute une littérature dont la science juridique s'enorgueillit. La philosophie du droit fut reprise et cultivée par des auteurs comme Holland, et Salmond. Pollock et Maitland, Dr Holdsworth replacèrent l'histoire du droit sur son véritable terrain. L'étude du droit constitutionnel fut modernisée par Bagehot, Anson et Lowell. Le droit criminel fut exposé de manière rationnelle par Kenny, Bigelow et Pollock. La matière des contrats fut élucidée dans les manuels de Leake, de Pollock et d'Anson (1). Enfin, dans ces dernières années, M. Jenks réalisa une synthèse générale du droit anglais qui nous présente la physionomie originale de cette législation.

La pensée juridique s'est donc développée en Angleterre depuis 1850, fécondée par la diffusion des travaux du Continent. Mais, si les jurisconsultes britanniques de ces 50 dernières années ont pu dépasser les limites atteintes par leurs prédécesseurs, s'ils sont parvenus à populariser quelque peu le droit Outre-Manche, c'est qu'ils se sont asservis à la discipline inaugurée par BLACKSTONE : les Universités sont devenues le centre de l'enseignement juridique; la clarté, la méthode, la valeur littéraire des ouvrages de droit en ont favorisé l'expansion. Une nouvelle étape a donc été franchie, et tout le mérite en doit revenir à notre Commentateur.

Si l'influence de BLACKSTONE fut certaine en Angleterre, elle fut, aux Etats-Unis, considérable. Pourtant, il ne pouvait s'agir ici de cet orgueil légitime d'un peuple pour ses institutions et pour ses jurisconsultes; au surplus, l'enthousiasme provoqué en Amérique par la Déclaration d'Indépendance avait entraîné un mouvement passionné de réaction, aussi bien contre les données de la Common Law que contre les autres principes venus de la Métropole. Comment expliquer dès lors le succès des Commentaires au-delà de l'Atlantique, comment concevoir que l'œuvre d'un auteur, aussi pleinement admiratif du système juridique anglais, ait reçu dans les colonies insurgées un accueil triomphant ? Il semble tout d'abord

---

aux jurisconsultes allemands lors d'un voyage en 1827 et 28. Cette distinction devint classique après lui et la plupart des Traités dogmatiques la reproduisent. ,

(1) Dicey. Op. cit. p. 672 et suiv.

que ce soit l'esprit profondément libéral de notre jurisconsulte qui lui ait attiré la faveur d'une nation, dont les théories constitutionnelles allaient ouvrir la voie à la Révolution française et aux réformes démocratiques du XIX<sup>e</sup> siècle. Il semble, d'autre part, que BLACKSTONE ait apporté à ce pays neuf, sans passé juridique ni précédents judiciaires, la base fondamentale sur laquelle il pourrait édifier et développer sa propre législation. Chez les anglo-saxons, on le sait, le juge fait le droit, le droit repose essentiellement sur les données fournies par les décisions de Jurisprudence, le droit coutumier de cette race est le *Judge-made-law*. Or, dans les premiers temps de leur indépendance et de leur souveraineté, les Etats-Unis n'avaient pas de « *Reports* », les précédents judiciaires n'étaient pas assez nombreux pour être recueillis dans des collections régulières; les magistrats, privés de guide et de soutien, tranchaient en équité, avec leur bon sens, les différends qui leur étaient soumis. L'insuffisance de cette méthode ne tarda pas à s'affirmer : l'incertitude des décisions, l'arbitraire des juges exposés aux défaillances de leur conscience, la notion abstraite de justice, fréquemment incapable d'inspirer les solutions imposées par la vie sociale, déterminèrent les citoyens du Nouveau Monde à emprunter aux vieilles nations européennes les sages principes qu'une expérience séculaire leur avait révélés. Tout naturellement, ils se tournèrent alors vers le patrimoine juridique des Anglais qui, par leur race, par leur langue et par leur esprit, s'apparentaient à eux le plus étroitement; comme les Commentaires leur offraient une synthèse lumineuse des principes de la loi commune, ils se les approprièrent : l'introduction de la législation britannique aux Etats-Unis fut donc l'œuvre de BLACKSTONE, comme l'introduction de la féodalité en Angleterre fut l'œuvre du Conquérant. On peut même penser que ce fut l'importation des Commentaires qui conféra au droit américain ses caractères originaux, et qui l'identifia au système juridique anglais : si l'ouvrage de notre jurisconsulte n'avait pas été connu aux Etats-Unis, et s'il n'avait pas présenté les avantages de clarté et de méthode que nous savons, il est probable que l'esprit de codification, qui s'était déjà manifesté dans le domaine constitutionnel, se serait étendu aux autres branches du droit (1).

---

(1) Cf. A. Z. Read. *Training for the public profession of the law*. Publié par la fondation Carnegie (1921) p. 110-112. Il est d'ailleurs

Les Américains doivent à BLACKSTONE beaucoup plus que les Anglais : BLACKSTONE, en effet, n'a pas créé le droit britannique, il a façonné, au contraire, le droit des Etats-Unis qui s'ouvrait à la lumière.

Que les Commentaires soient devenus, dans le Nouveau Monde, le principal fondement de l'enseignement du droit, que les hommes de loi, que les magistrats y aient puisé, depuis plus d'un siècle, leurs connaissances et qu'ils y aient formé leur esprit, on n'en peut donc être étonné. BLACKSTONE fut pour les Américains le bon père de famille qui laisse un trésor à sa postérité : avec une richesse juridique, il leur a légué le goût des études de droit. L'Amérique est, en effet, une nation de juristes (1), et l'éducation juridique y est portée plus loin qu'elle ne le fut jamais en Angleterre (2). Aussi les Commentaires ont-ils eu, depuis 1771, un nombre considérable d'éditions américaines (3). L'ouvrage de notre jurisconsulte fut le manuel classique des étudiants américains, jusqu'au jour où les Universités substituèrent le « *Case-system* », l'enseignement par la jurisprudence, au « *Text-book system* » l'enseignement par les ouvrages doctrinaux (4).

vraisemblable que ce Code américain aurait reproduit les données de la Common Law anglaise, malgré l'hostilité de la nouvelle nation contre son ancienne Métropole : seules, en effet, les institutions britanniques pouvaient satisfaire aux habitudes d'anciens Anglais, qui n'avaient fui leur patrie que pour échapper aux persécutions religieuses.

(1) Dicey, *Op. cit.* p. 667.

(2) Thayer, *The teaching of English law*. : dans la *Harvard law Review*. I. IX, p. 169 et suiv. Cf. Holdsworth : *La place de l'histoire du droit anglais dans l'éducation des hommes de loi anglais*. (Revue de droit international et de législation comparée, 1910, p. 14).

(3) La première édition américaine des Commentaires parut en 1771 par les soins de Robert Bell. Les principales éditions américaines, ultérieurement parues, furent celles de Tucker (Virginia), Wendell (New-York), Sharswood, Lewis et Brown (Pensylvanie), Cooley (Michigan), Hammond (Iowa) Cf. Hampton L. Carson : *The genesis of Blackstone's Commentaries and their place in legal literature*, publié dans le *Report of Pennsylvania Bar Association*. A° 1910, p. 400.

Les commentaires de BLACKSTONE incitèrent Kent à publier ses « *Commentaries on American Law* », qui atteignirent leur 14<sup>e</sup> édition en 1896.

(4) Jusqu'en 1870, l'enseignement du droit dans les Universités amé-

Aujourd'hui, les Commentaires de BLACKSTONE ont vieilli : on aperçoit leurs défauts, on dénonce les erreurs qui y sont exprimées. Les connaissances historiques de notre Jurisconsulte étaient, dit-on, superficielles, ses notions philosophiques confuses et obscures. Il négligea le droit public, le droit ecclésiastique, la procédure civile; la matière du droit privé, elle-même, ne fut pas harmonieusement développée : le sujet fondamental des contrats fut sacrifié, celui des corporations et celui des Cours d'équité furent à peine abordés; BLACKSTONE se contenta d'un coup d'œil rapide sur les délits et sur leurs sanctions, il n'a pas exposé le droit commercial (1). En outre, de profondes modifications ayant été apportées, par les travaux législatifs du XIX<sup>e</sup> siècle, au statut juridique de l'Angleterre et des Etats-Unis, la lecture des Commentaires est dangereuse de nos jours, car elle peut donner une idée fausse du droit anglais et du droit américain modernes. Aussi, les auteurs anglais ont-ils reproché aux jurisconsultes du Continent, et particulièrement aux juristes français, de se reporter constamment à BLACKSTONE lorsqu'ils entreprennent l'étude du droit anglo-saxon (2). En faut-il conclure que BLACKSTONE ait perdu tout crédit dans son pays, et que ses Commentaires n'offrent plus qu'un intérêt historique ? L'opinion qu'on se fait aujourd'hui de notre jurisconsulte en Angleterre et aux Etats-Unis, nous est connue par les articles publiés dans les journaux ju-

---

ricaines était fait exclusivement avec des manuels dogmatiques. Puis, les bons traités théoriques s'étant raréfiés, le Professeur Langdell, de l'Université de Harvard, inaugura l'enseignement par la jurisprudence qui ne tarda pas à se généraliser. Cf. Nerinx. *L'organisation judiciaire aux Etats-Unis*, 1910, p. 119 et suiv.

(1) Cf. Carson Op. cit. p. 393-394. — *National biography* V° BLACKSTONE. — Glasson. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*. T. V, p. 396 et suiv.

(2) *National Biography*. V° BLACKSTONE.

La faveur dont les Commentaires ont joui en France peut être expliquée par plusieurs motifs : BLACKSTONE est le seul auteur anglais qui ait été traduit de bonne heure dans notre langue; il a beaucoup emprunté à Montesquieu, et il est sur beaucoup de points en communion d'idées avec les philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui furent en grande vogue chez nous après la révolution; BLACKSTONE enfin a développé dans son ouvrage un grand nombre d'idées générales : ce caractère lui a nui peut-être en Angleterre, il lui a assuré en France sa renommée.

diciaires, à l'occasion de son deuxième centenaire (1). Sous les louanges prodiguées, on sent aisément que BLACKSTONE, resté une autorité au même titre que Bracton, Littleton, Coke et Hale, est dépourvu à l'heure actuelle de toute influence réelle. Sans doute le cite-t-on encore devant les Cours de Justice, sans doute le propose-t-on comme modèle aux jeunes légistes de notre temps, il n'en reste pas moins que, depuis longtemps déjà, il a cessé de diriger la vie juridique anglo-saxonne. Les travaux de BLACKSTONE n'ayant pas orienté l'évolution législative du XIX<sup>e</sup> siècle, il n'en pouvait d'ailleurs être autrement; si les Commentaires ne sont pas tombés en désuétude complète, c'est que notre jurisconsulte était admirateur de la Common Law et des institutions libérales de sa patrie; son optimisme, qui semblait ridicule aux esprit novateurs, constitue pourtant le plus bel éloge qu'on puisse faire de BLACKSTONE, jurisconsulte national.

Aussi la popularité des Commentaires aurait-elle pu se perpétuer davantage si on avait continué à les étudier dans leur texte original, sachant qu'ils exposaient un état juridique périmé; mais aujourd'hui, on ne lit plus BLACKSTONE, on ne connaît plus notre auteur qu'à travers les Commentaires de Stephen sur BLACKSTONE, et les remaniements apportés par cet éditeur à l'œuvre primitive, pour la mettre au courant de la législation, ont détruit son charme littéraire sans parvenir à combler ses lacunes (2). Les Commen-

---

(1) *Solicitors Journal*. 7 juillet et 8 septembre 1923. *Law Journal*, 30 juin et 7 juillet 1923.

Le *Law Journal* du 7 juillet 1923 contient un article du Dr Holdsworth, le titulaire actuel de la chaire de BLACKSTONE à Oxford.

(2) Dicey Op. cit. p. 655 et suiv.

Les Commentaires, qui eurent huit éditions du vivant de leur auteur et qui lui rapportèrent, dit-on, près de L. St. 14.000, continuèrent à être édités, dans leur intégralité, pendant les 60 années qui suivirent la mort de BLACKSTONE : Burn, Christian, Coleridge et Chitty les annotèrent simplement. A partir de 1844, les modifications apportées à la législation anglaise étant devenues très importantes, on modifia le texte même de BLACKSTONE. La leçon inaugurale, perdant sa forme oratoire, devint une simple introduction à l'ouvrage. On abrégua le chapitre relatif à la définition et à la nature de la loi, les théories de BLACKSTONE semblant démodées. L'ouvrage tout entier fut retouché. La meilleure et la plus connue de ces mises au point récentes est celle de Stephen qui parut en 1841, et qui atteignit une 10<sup>e</sup> édition en 1886. *Comp. National biography*, V<sup>e</sup> BLACKSTONE.

taires sont défigurés, on s'explique donc qu'ils aient perdu de leur vertu.

Peut-on dire que si une codification avait été inspirée en Angleterre, au début du siècle dernier, par l'ouvrage de notre jurisconsulte, l'influence de BLACKSTONE Outre-Manche serait aujourd'hui plus effective ? Il semble difficile de se prononcer. Il faut d'abord remarquer que l'esprit de codification n'était pas alors très répandu : on considérait à cette époque que la loi commune assurait à l'Angleterre une unité législative suffisante. Et, lorsque plus tard, les successeurs de Bentham et d'Austin préconisèrent la rédaction d'un Code, BLACKSTONE n'était plus en faveur : ces jurisconsultes lui étaient hostiles, et le droit anglais s'était déjà transformé. Mais, si un Code avait été entrepris sous l'empire des Commentaires et peu d'années après leur apparition, l'autorité de BLACKSTONE serait-elle aujourd'hui grandie ou diminuée ? Elle serait grandie, parce que son œuvre aurait reçu par là une sorte de consécration officielle, et qu'il aurait fallu la reprendre pour expliquer le sens des dispositions de ce Code. Elle serait diminuée, parce qu'on aurait dépouillé BLACKSTONE d'une partie de ses richesses, et qu'on aurait fait perdre à son ouvrage le mérite, considérable aux yeux du peuple Anglais, de représenter une tradition, tradition peut-être affaiblie, mais toujours vivante.

Actuellement, les Anglais considèrent BLACKSTONE comme une gloire nationale, et son étude est recommandée aux étudiants parce qu'elle est de nature à développer chez eux l'orgueil de leurs institutions. Notre jurisconsulte est comparable à un auteur classique dont la lecture reste profitable, même si les goûts se sont transformés et si la langue a évolué.

Aux Etats-Unis, BLACKSTONE est toujours à l'honneur et il demeure le maître de la jeunesse, parce que son esprit s'étant trouvé en harmonie avec les tendances des premiers émigrants, il fait partie de cet âge héroïque où se sont constitués les principes directeurs des institutions américaines.

POTHIER n'eut pas, de son temps, le même succès que BLACKSTONE : la condition politique des Français à la veille de la Révolution, la forme donnée par notre auteur à son œuvre expliquent cette différence.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, si l'on réclamait en France la liberté telle qu'elle existait en Angleterre, l'autorité royale était encore absolue, et l'activité des jurisconsultes étroitement contenue dans le domaine du droit privé. A cette époque, le droit public n'avait pas atteint son apogée (1), sans doute était-il traité par Montesquieu, par les encyclopédistes, mais il ne s'agissait pour ces hardis novateurs que d'une philosophie générale du droit et de vues d'ensemble sur les institutions; aucune règle précise n'était posée sur l'administration même du pays. Pourtant, ces ouvrages abordaient le problème des libertés, et, par là, ils étaient appelés à un grand retentissement. Le droit privé, qui ne possédait pas cette vertu d'exaltation, ne soulevait pas l'intérêt des milieux éclairés. POTHIER ne lui obtint pas cette faveur : il ne travaillait pas à répandre la connaissance du droit dans le grand public; il s'adressait uniquement à des juristes déjà formés; le seul aspect de ses ouvrages en témoigne. A la différence de BLACKSTONE, il ne fit pas précéder son œuvre d'un préambule majestueux, dans lequel des idées générales auraient été développées; il n'y a pas chez lui d'introduction à la science du droit : seul, un article préliminaire, placé au début de chacun de ses traités, fait apparaître la physionomie juridique de la matière spéciale qu'il aborde. Son œuvre présente un caractère fragmentaire, ses traités vivent d'une existence distincte; ce plan n'était pas fait pour séduire la classe éclairée, il convenait, au contraire, aux professionnels du droit, qui pouvaient acquérir, séparément, celui de ces ouvrages entrant dans le champ de leurs études et de leurs recherches. Seuls, des jurisconsultes pouvaient donc assurer aux travaux de POTHIER un succès d'estime.

Dès lors, comment expliquer le prestige de POTHIER après sa mort, comment son influence, faible parmi ses contemporains, a-t-elle pu s'affirmer par la suite au point d'inspirer une œuvre législative ? A ce sujet, la comparaison des ouvrages de POTHIER avec ceux du temps est pleine d'enseignements. Lebrun, Ricard, Furgole, Jousse, rigoureusement spécialisés dans des branches étroites du droit, avaient encombré d'espèces et d'arrêts des œuvres confuses, faible-

---

(1) Les grandes doctrines de droit public se sont principalement développées au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Pour la plupart, elles ont été inspirées par le mouvement d'idées qui a suivi la révolution.

ment construites (1). Bourjon, Ferrière, dans des ouvrages sur le droit commun de la France et sur la coutume de Paris, Guyot, dans son répertoire, avaient tenté d'édifier un corps de droit complet, général à tout le royaume, sans parvenir néanmoins à dégager les principes dominants de la législation (2). Aujourd'hui, ces traités peuvent être, pour des historiens du droit, des mines fécondes de renseignements parce qu'on y peut suivre le travail qui s'opérait lentement dans la pratique, mais, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, ils ne pouvaient jouir d'une grande autorité, parce qu'ils ne répondaient pas, ou parce qu'ils satisfaisaient mal au besoin vivement ressenti d'une législation unique. Malgré la résistance des provinces, qui, à défaut d'indépendance, mettaient un désir jaloux à conserver leurs traditions locales, le mouvement général se faisait alors vers l'unification du droit (3) : les philosophes réclamaient une loi unique, la seule qui put être équitable, en excluant l'obscurité et l'arbitraire; les hommes d'Etat voulaient établir l'unité politique et l'uniformité des lois était la condition nécessaire de la domination royale sur la nation entière (4). Préparer cette unification demandée par l'opinion éclairée, ce fut là le mérite de POTHIER. Sans doute, ne réalisa-t-il pas à lui seul ce vœu grandiose d'unité, mais si notre système juridique était encore bien divers à l'époque de la Révolution, du moins, notre auteur avait-il préparé la voie à la réforme future (5). POTHIER favorisa l'unification du droit français en appor-

---

(1) Comp. Thézard. *Revue historique de droit français et étranger*. A° 1866, p. 269.

(2) Comp. Thézard. *Revue historique de droit français et étranger*. A° 1886, p. 268.

(3) Planiol. *Traité*. T. I, 2<sup>e</sup> éd. n° 59. Cf. Laurent. T. I. n° 2 — et les paroles prononcées par Portalis devant le Corps Législatif à la séance du 28 Ventôse an XII (Fenet T. I). Cf. Thézard, Loc. cit. p. 275.

(4) Thézard. Loc. cit. p. 12 e t13.

(5) Au XVI<sup>e</sup> siècle, Dumoulin, déjà s'était illustré par ses tentatives d'unification : ses efforts pour obtenir l'établissement d'un droit commun coutumier avaient abouti à la prépondérance de la coutume de Paris. Cette prépondérance, pourtant, avait laissé aux coutumes régionales toute leur autorité, et la confusion subsistait. Au XVII<sup>e</sup> siècle, le Président Lamoignon avait tenté un travail de codification du droit privé basée sur la coutume de Paris, et son ouvrage fut souvent consulté par les rédacteurs du Code civil.

tant à l'étude de l'ensemble de notre législation une méthode unique, et cette méthode était celle qu'il avait apprise des jurisconsultes latins en composant son ouvrage sur les Pandectes. L'ayant appliquée tout naturellement à la matière des obligations, dominée par les principes romains, il la transposa dans les matières coutumières. Jusqu'alors, les commentateurs des coutumes, généralement soucieux de faire apparaître l'originalité des institutions décrites, avaient consacré leur développement aux dispositions particulières qui caractérisaient leur droit local en le séparant des législations voisines. POTHIER, au contraire, voulant étendre ses regards sur le vaste domaine du droit français tout entier, apporta dans ce travail les procédés d'exposition et de discussion qu'il avait admirés chez les auteurs romains; des idées centrales, communes à toutes les coutumes furent ainsi dégagées, les solutions variées trouvèrent des éléments de cohésion, et l'ensemble du droit coutumier prit un aspect plus homogène; cette méthode, fondée sur la raison, n'introduisit pas seulement un principe d'unité parmi les coutumes, elle rapprocha aussi le droit romain et le droit coutumier. Ces deux systèmes législatifs, auparavant séparés par les jurisconsultes et traités dans des ouvrages d'allure différente, apparaissaient désormais moins dissemblables, leurs physionomies distinctes étaient sans doute respectées, mais, sortis d'un moule unique, présenté sous une forme analogue, ils n'étaient plus en opposition aussi tranchée, et une conciliation allait être possible entre nos deux sources législatives.

Peut-être notre auteur n'a-t-il pas obéi à une tactique volontaire, mais il a réalisé une innovation qui devait faciliter la tâche des rédacteurs du Code civil.

Cette œuvre d'unification accomplie dans la présentation du droit français, la Révolution fut atteinte sans qu'un mouvement juridique nouveau se fut dessiné : POTHIER est le dernier des grands juristes de l'ancienne France qui se soit occupé du droit privé, et son autorité en est accrue.

Aussi bien, les problèmes du droit public seul passionnaient-ils alors les esprits : la nation tout entière était attentive aux grandes réformes que la Révolution allait apporter, le pays attendait une organisation politique nouvelle. POTHIER, qui s'était cantonné dans l'étude de la législation civile ne fut pas emporté par la tourmente révolutionnaire : n'étant pas un théoricien de l'ancien régime, il

ne représentait pas un passé détesté; bien plus, la Révolution, née de la haine contre les idées féodales, devait, sur bien des points, ramener notre droit coutumier aux principes du droit romain, et continuer ainsi l'œuvre de notre jurisconsulte. Sans doute, la législation intermédiaire marqua-t-elle souvent une réaction outrée contre les théories reçues dans notre ancien droit; certaines réformes même : le divorce par consentement mutuel, l'égalité des droits successifs des enfants naturels et des enfants légitimes (1) se compromirent par leur exagération; mais, si d'autres conquêtes, telles que l'égalité des personnes et des terres, la protection de la liberté individuelle, et le respect de la propriété (2) furent conservées par les esprits apaisés du Consulat, on peut dire que, dans son ensemble, après le coup d'Etat de brumaire, le système juridique exprimé par POTHIER revint en faveur. Les théories philosophiques et sociales, même les plus généreuses, sont impuissantes à détruire, dans leur entier, les traditions d'un peuple qui a déjà vécu : une nation, vieille de plus de dix siècles, reste attachée, malgré tout, à ses anciennes habitudes, à son ancien esprit.

Une codification n'est pas le fait arbitraire d'un Prince : qu'il soit Solon, Justinien ou Napoléon, celui qui donne son nom à une grande œuvre législative ne cède pas seulement à un rêve d'orgueil, il résume les aspirations de son temps, il accomplit le vœu unanime de son peuple. Or, depuis la Révolution, le désir d'unification du droit s'était accru en France, et le sentiment s'était répandu qu'un corps de lois unique pourrait être donné au pays : en effet, un même régime était institué sur tout le territoire, et les obstacles rencontrés par l'ancienne France : la féodalité, les Parlements, avaient disparu. Aussi, les projets de codification avaient-ils été nombreux sous la Convention et le Directoire, mais ces projets, tour à tour abandon-

---

(1) On fit même rétroagir jusqu'au 14 juillet 1789 la loi du 12 Brumaire an II, qui avait conféré aux enfants naturels les mêmes droits de successibilité qu'aux enfants légitimes. Les effets de cette loi furent si désastreux que la loi du 15 Thermidor an IV, restreignit les droits successoraux des enfants naturels, et supprima la rétroactivité. Planiol I, n° 72. III, n° 1822.

(2) On peut citer : l'institution de l'adoption, l'abolition des substitutions, l'organisation de l'état civil qui a entraîné la sécularisation du mariage. Planiol I, n° 68.

nés, étaient trop à l'image du temps : si leur esprit répondait aux idées chimériques alors dominantes, leur application pratique eût été impossible. Une atmosphère plus paisible était nécessaire pour la rédaction équitable d'une œuvre législative : le Consulat la lui offrit. A cette époque, la lassitude était générale : après tant de crises et de violences, la nation prétendait à l'ordre et à la sécurité, les outrances des philosophes s'étaient révélées, la France voulait se ressaisir et conserver seulement les réformes nécessaires. Notre Code Civil devait donc être une œuvre de transaction et de modération. Sur ce point, la volonté du premier Consul était en harmonie avec le sentiment public : il n'entendait pas philosopher, il voulait gouverner, son Code devait poser les principes du droit privé, il ne devait pas soulever des problèmes de droit public, capables de ranimer les passions politiques. Les rédacteurs Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu, Malleville, choisis dans les milieux conservateurs de la bourgeoisie, se conformèrent à ces directions : ils s'inspirèrent plutôt des principes traditionnels que des doctrines du XVIII<sup>e</sup> siècle : l'esprit de Domat et de POTHIER l'emporte chez eux sur celui de Rousseau (1).

L'influence de POTHIER dans la rédaction du Code civil est en effet certaine : les travaux préparatoires en font foi (2), les auteurs l'ont tous signalé (3). Bugnet, dans son édition des œuvres de POTHIER, a même indiqué les articles du Code se rapportant au texte de notre jurisconsulte : le nombre en est considérable (4).

---

(1) *Livre du Centenaire*. T. I, Introduction (Albert Sorel) p. 19 — Comp. Thézard. Loc. cit. p. 274.

(2) V. dans Fenet, T. XIII, p. 217 et 414, les paroles de Bisgot-Préameneu, de Favard et du tribun Mauricault.

(3) V. par ex. Valette : *Mélanges* I, p. 479. — Dupin : *Notice sur Pothier* — Laurent, T. XV, n<sup>o</sup> 420 et 422 — Thézard, Op. cit. p. 274 à 278 — Planiol, T. I, n<sup>o</sup> 53 in fine, et n<sup>o</sup> 94.

La plupart de ces auteurs remarquent que l'influence de POTHIER s'est particulièrement fait sentir dans la matière des contrats et obligations. Les autres travaux de notre jurisconsulte ont également inspiré les rédacteurs, cependant ils furent moins suivis, les réformes de la Révolution les ayant fréquemment atteints.

(4) Dans un article publié par M. Vigié, à l'occasion du Centenaire du Code civil (*Livre du Centenaire*, T. I. « *De la nécessité d'une étude du Code civil au point de vue historique* », p. 41 et 42), plusieurs

Cette influence ne s'est pas seulement traduite par des emprunts fragmentaires : les rédacteurs ne se sont pas contentés de puiser, çà et là, dans notre auteur, des solutions ingénieuses ou des formules heureuses, ils se sont également inspirés de son plan. Et, de fait, la méthode du Code civil rappelle celle de POTHIER; notre Code manque également d'une Introduction générale exposant les principes dominants de la science juridique (1), il semble contenir, lui aussi, des traités séparés, souvent juxtaposés sans transition ni enchaînement logique. Bien plus, POTHIER ayant formulé les principes fondamentaux du droit dans son *Traité des Obligations*, le Code l'a imité, et les dispositions les plus générales figurent au Titre des « Contrats et Obligations conventionnelles » (2). Ce défaut de méthode fait naître des difficultés, parce qu'on peut hésiter à étendre ces dispositions à d'autres domaines : ayant été édictées pour régir des problèmes relatifs aux biens, s'appliquent-elles aussi à d'autres matières, et, parfois, notre Code n'admet-il pas implicitement des dérogations à ces principes ? La question s'est posée, vivement débattue, au sujet de l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes (3). La relativité de l'autorité des jugements,

---

exemples sont également rapportés des emprunts faits par notre Code au texte même de POTHIER. M. Vigié cite l'article 1451 du Code civ. § 1, 2 et 3 (Comp. POTHIER, *De la Communauté*, n° 523, 525, 527, 528) le même article 1451, dernier alinéa (Comp. POTHIER, *De la Communauté*, n° 529) et l'art. 1453 (Comp. POTHIER, *De la Communauté*, n° 531, 535, 550, 551).

(1) A l'origine, il est vrai, le titre préliminaire du Code civil comprenait un nombre d'articles assez considérable qui devait tenir lieu de préface. Mais, ces articles, rédigés par Portalis, furent supprimés par la suite; on estima qu'ils contenaient plutôt des affirmations doctrinales que des décisions législatives. Comp. Planiol, T. I, n° 87.

(2) Ce titre est même développé suivant le plan adopté par POTHIER dans son *Traité des Obligations* : les dispositions relatives aux Obligations sont présentées comme un accessoire de la théorie des Contrats. — Le Code civil allemand a adopté une méthode plus logique : il étudie d'abord la théorie des Obligations; passant ensuite aux sources de ces obligations, il traite des Contrats. Planiol II, n° 161.

La théorie des actes juridiques et des modalités dont ils peuvent être affectés, celle du consentement et de ses vices, celle de la preuve sont également traitées à propos des Contrats et Obligations.

(3) Cette question s'est également posée lorsqu'il s'est agi d'étendre

établie par l'art. 1351 au chapitre des Obligations (1), s'oppose en matière d'état aux exigences de la pratique. Ce principe doit-il, malgré tout, trouver ici son application ? La doctrine incline en ce sens, le Code civil n'ayant pas reproduit l'ancienne théorie du légitime contradicteur (2). Or, si notre Code n'a pas fait allusion à cette théorie, il semble bien qu'on puisse l'expliquer par le silence de POTHIER sur ce point.

En effet, de même qu'ils se sont emparés de ses procédés et de ses expressions, les rédacteurs du Code civil ont suivi notre jurisconsulte dans ses doctrines d'ensemble ; ils en ont traité à la même place, avec la même étendue.

Deux autres exemples illustreront cette affirmation.

POTHIER ne s'est occupé que fragmentairement de la théorie des statuts (3). Il en formule les règles générales dans son Introduction au *Commentaire de la coutume d'Orléans* (4), il en fait ensuite des applications isolées dans le cours de son œuvre (5). A son imitation, le Code pose les principes du règlement des conflits de loi dans un article de son Titre préliminaire (6), et il en tire plus tard des conséquences particulières dans quelques articles seulement (7). Sans

au problème de la preuve de la filiation naturelle les règles posées par le Code pour la preuve de la filiation légitime. Comp. Planiol I, n° 1513.

(1) Ici encore le Code Civil a imité POTHIER en parlant de la chose jugée à propos des présomptions légales. Planiol II, n° 54 bis, 1°.

(2) Cf. Planiol I, n° 443.

(3) Comp. Lainé : *Introduction au droit international privé*. T. II, p. 9.

(4) *Introduction générale aux coutumes*, ch. 1° — Comp. la distinction établie par notre auteur entre les statuts réels et les statuts personnels au sujet du rapport en succession collatérale : *Traité des successions*, ch. IV, art. III, § 1°, p. 178 de l'édition Bugnet. — Cf. Lainé, *Op. cit.* T. I, p. 421.

(5) V. au sujet de la communauté légale (*Traité de la communauté*, art. préliminaire, n° 12 et suiv. et 1<sup>re</sup> partie, ch. 1<sup>re</sup>, n° 21), au sujet de la forme des actes (*Coutume d'Orléans*, Introduction générale, § III, n° 25), de la forme des testaments olographes (*Traité des donations testamentaires*, ch. I, art. 2, § 1<sup>er</sup>, n° 9, Comp. l'art. 999, du Code civ.), des successions (*Traité des successions*, ch. IV, art. III, § 1<sup>er</sup>). Comp. Lainé. *Op. cit.* T. I, p. 421 et T. II, p. 415.

(6) Art. 3. du Code civil.

(7) Art. 47-170-999-2123 et 2128 Code Civil.

doute, la théorie du conflit des lois ne présentait-elle pas, au XVIII<sup>e</sup> siècle, une précision et une netteté suffisantes pour s'imposer dans les ouvrages de notre auteur, ses contemporains Boullenois, Bouhier, Froland, avaient tenté d'édifier un système logique sans parvenir à s'accorder (1). D'autre part, le conflit des lois s'élevait dans l'ancien droit entre les coutumes locales, et il ne mettait pas en jeu des souverainetés opposées. Lorsque la Révolution eut unifié la législation, les rédacteurs du Code Civil se trouvèrent en présence d'un type nouveau de conflit de loi : celui qui surgit entre des dispositions législatives appuyées sur des souverainetés différentes. Comme ils ne trouvèrent pas, auprès de leur guide habituel, l'appui nécessaire, ils se bornèrent, comme lui, à un exposé incomplet de la difficulté.

De même, POTHIER ayant ignoré la publicité des aliénations immobilières à titre onéreux, les rédacteurs se trouvèrent dans l'embarras quand il s'agit de fondre les dispositions de la loi de Brumaire an VII, dans l'ensemble de la législation (2). Faute de pouvoir se fier à leur modèle, ils renvoyèrent, à plusieurs reprises, le problème de la transcription, sans se résoudre jamais à le développer. Ils traitèrent, au contraire, de la publicité des donations dans plusieurs articles (3), parce que, sur ce point, ils pouvaient se régler sur les développements abondants consacrés par notre auteur à l'insinuation (4). Ainsi s'explique ce fait singulier que la transcription des donations figure seule dans le Code Civil.

Si tel fut l'ascendant de notre Jurisconsulte sur la pensée des rédacteurs de 1804, les ouvrages de POTHIER devaient être appelés, semble-t-il, à jouer un rôle considérable dans les Commentaires du Code Civil qui allaient voir le jour.

L'étude doctrinale d'une œuvre législative subit une évolution nécessaire, générale.

Lorsqu'un Code vient d'être promulgué, les premiers auteurs qui le commentent attachent à son texte une vertu mystique : ils se confinent dans l'examen des paroles du législateur, ils observent la ponctuation, la construction des phrases, et, chez eux, la solu-

---

(1) Lainé. Op. cit. T. I. p. 421 à 425.

(2) Cons. Planiol. T. I. n° 2607.

(3) Art. 939 à 912, du Code civil.

(4) *Traité des donations entre vifs*. Sect. II. art. 3.

tion d'un problème juridique dépend souvent d'une règle de grammaire. Cette méthode exégétique, qui avait été autrefois celle des glossateurs, fut aussi celle des premiers interprètes du Code civil, on la retrouve en Allemagne après l'apparition du Code de 1900 (1). Mais, la lettre d'un texte ne dévoilant pas toujours la pensée du législateur, il faut recourir aux travaux préparatoires pour découvrir le sens des dispositions étudiées; ce procédé est, à cette époque, légitime, puisqu'au lendemain de la promulgation d'un Code, l'esprit de ses rédacteurs est encore vivant, et qu'il s'agit, avant tout, de s'en inspirer. Au cours de cette première phase de l'interprétation du Code civil, l'œuvre de POTHIER pouvait jouir d'un assez grand prestige.

A l'exégèse succède la dialectique; le sens des textes une fois précisé, et leur portée connue, une tâche nouvelle s'impose à la doctrine : le cours des années marque, avec l'éloignement des temps, la différence des conditions sociales et économiques, le rôle des juriconsultes est alors d'adapter une loi vieillie, mais toujours souveraine, aux rapports juridiques nés du progrès. Rapprochant les dispositions éparses du Code, l'interprète recherche les principes qui s'y trouvent contenus, il dégage ainsi les tendances des législateurs, et il s'efforce de donner aux difficultés que la pratique révèle, la solution que la loi elle-même aurait apportée si le problème lui avait été soumis. Cette méthode dogmatique sépare le Code de son passé, de ses sources historiques : les commentateurs de cette période, comme autrefois les Bartolistes, s'attachent à concilier des textes d'origines et d'époques différentes. Pendant cette deuxième phase, POTHIER n'a d'importance que dans la mesure où l'on trouve dans son œuvre l'origine d'idées générales, reliant entre eux certains articles du Code (2).

L'abus de la logique et du raisonnement abstrait dans le domaine du droit, le « fétichisme de la loi écrite et codifiée » (3) présentent des dangers que l'on ne tarde pas à dénoncer (4) : le législateur

---

(1) Cons. Lambert. *Fonction du droit civil comparé*, p. 94 et 95.

(2) Au cours de cette période, POTHIER peut également servir de modèle pour les raisonnements logiques que lui-même a poussés très loin.

(3) Cette expression est empruntée à M. Gény (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I, p. 70).

(4) V. Gény. *Op. cit.* T. I. 2<sup>e</sup> partie, p. 61 à 204.

n'est pas doué du pouvoir d'immobiliser le droit, et le droit se doit renouveler, transformer, comme la société qu'il régit. L'interprète a désormais pour mission d'ajuster la loi aux besoins de sa génération, il ne doit pas rechercher quelle aurait été, autrefois, sur le point à régler, la pensée des rédacteurs du Code, mais quelle serait, aujourd'hui, l'opinion du législateur s'il avait à prendre parti sur la question. En France, nous sommes actuellement dans cette troisième phase (1), et nos civilistes modernes prennent pour devise : « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil » (2). Le texte de notre Code s'éloignant progressivement, l'autorité de POTHIER va s'effaçant; son œuvre ne marque plus qu'un moment de l'évolution juridique, seuls les savants, curieux d'histoire, y cherchent encore l'explication périmée de quelques passages de nos lois; par là ils font ressortir combien notre législation civile, après avoir pris POTHIER pour modèle, s'est peu à peu écartée de lui par le travail des temps (3).

Nous hésitions à dire si la rédaction d'un Code anglais aurait

---

(1) Ces questions d'interprétation du Code Civil ont été traitées par M. Julien Bonnet dans une brochure intitulée « *l'Ecole de l'exégèse en droit civil* » parue en 1919, et dans le T. I du supplément au *Traité de droit civil* de Baudry-Lacantinerie.

L'évolution des méthodes d'interprétation de notre Code Civil a été également clairement décrite par MM. Charmont et Chausse dans leur article intitulé : « *Les interprètes du Code Civil* » qui parut dans le *livre du Centenaire* du Code civil (T. I, p. 134). Voy. aussi dans le *livre du Centenaire* quelques indications à ce sujet dans Meynial : « *Les arrêts et les arrêtistes* » (T. I, p. 173 et suiv. et Eugène Gaudeмет : « *Les codifications récentes et la révision du Code civil* » (T. I, p. 967 et suiv.) Adde : Lambert : *Fonction du droit civil comparé*, p. 16 et suiv.

Sur le rôle de la doctrine à l'heure actuelle, v. Colin et Capitant : *Cours élémentaire de droit civil* (T. I, p. 33) et Planiol : *Traité élémentaire de droit civil*. (T. I, n° 224).

(2) A l'étranger, les mêmes tendances se font jour. L'art. 1, al. 2, du Code civil Suisse est ainsi conçu : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Cf. Rossel et Mentha : *Manuel du Code civil Suisse*. T. I, p. 56 et suiv.

(3) Si l'on veut fournir des exemples de la liberté dont on use de nos jours vis à vis des œuvres de POTHIER pour commenter les articles

grandi ou diminué le prestige de BLACKSTONE; pour POTHIER, nous pouvons être plus affirmatifs : sa renommée a été soutenue par notre Code civil. Comment POTHIER serait-il passé à la postérité si le législateur de 1804 n'avait affirmé sa valeur en le prenant pour guide ? A la différence de BLACKSTONE, POTHIER n'avait pas en sa faveur le caractère littéraire de son style, il n'a jamais exalté les mérites de son droit national, il n'a pas écrit pour la société polie de son temps. Nous n'avons pas, en France, le culte des traditions que l'on célèbre en Angleterre : à mesure que les événements auraient modifié les principes fondamentaux de notre droit, les œuvres de POTHIER seraient tombées dans l'oubli.

---

du Code civil qui leur sont empruntés, on peut choisir les art. 1141 et 1408 comme type de cette interprétation.

L'art. 1141, supposant que la vente d'une chose mobilière a été consentie par un vendeur à deux acquéreurs successifs, décide que celui des deux acquéreurs qui a été mis en possession réelle sera préféré, si sa possession est de bonne foi, même dans le cas où son titre serait postérieur en date. Cet article est emprunté à POTHIER [*Traité du Contrat de Vente* 5<sup>e</sup> partie, ch. 1, art. 2, n° 319 (Edition Bugnet T. III, p. 132)] qui y voyait l'application d'un principe romain : la nécessité d'une tradition pour le transfert de la propriété [POTHIER. *Traité du Contrat de Vente*, 5<sup>e</sup> partie, ch. 1, art. 2, n° 318 (Bugnet T. III, p. 131) — *Traité des Obligations* 1<sup>e</sup> partie, ch. II, art. II § 1, n° 151 (Bugnet Tome II, p. 71) — *Traité du Domaine et du Droit de Propriété* 1<sup>e</sup> partie, ch. II, Sect. IV, n° 247, 1<sup>re</sup> al. (Bugnet, T. IX, p. 188)]. Il en résultait pour notre auteur que le premier acquéreur ne pouvait faire annuler la deuxième vente que si l'aliénation consentie au deuxième acquéreur avait été faite en fraude de ses droits avec la complicité de ce deuxième acquéreur, et il ne pouvait agir contre le deuxième acquéreur que si le vendeur était insolvable. En effet, il devait recourir alors à l'action Paulienne [(POTHIER — *Traité du Contrat de Vente* 5<sup>e</sup> partie, ch. 1, art. 2, n° 320 dernier alinéa (Bugnet, T. III, p. 133)]. Il en résultait encore que les créanciers de l'acheteur ne pouvaient saisir le meuble aliéné que la tradition une fois effectuée. [POTHIER — *Traité du Contrat de Vente* 5<sup>e</sup> partie, ch. 1, art. 2 n° 320, 2<sup>e</sup> alinéa (Bugnet, T. III, p. 132) et *Traité du Domaine et du Droit de Propriété*, 1<sup>e</sup> partie, ch. 2, Sect. IV, n° 247, 2<sup>e</sup> alinéa (Bugnet T. IX, p. 188)].

Les commentateurs modernes ne donnent plus à l'art. 1141 l'interprétation de POTHIER : ils détachent cet article de ses précédents historiques, et ils en font une application de la maxime : « en fait de meubles possession veut titre », que POTHIER n'entendait pas comme nous. Il en résulte qu'aujourd'hui, si l'acquéreur mis en possession réelle est de mauvaise foi, le premier acheteur pourra revendiquer

Notre auteur ne peut être rapproché des grands jurisconsultes romains qui posèrent les fondements de la science juridique, il ne s'apparente pas aux esprits originaux qui, au XVI<sup>e</sup> siècle, orientèrent les destinées du droit français. On n'ose le comparer à Papien, à Dumoulin. Aussi ne propose-t-on guère, aujourd'hui, à la jeunesse des Facultés, de se former l'esprit dans le commerce de POTHIER; sans doute, donne-t-il l'exemple de la clarté et de la concision, sans doute, sa prédilection pour les solutions moyennes est-elle profitable, mais l'avantage que l'on pourrait tirer de la lecture de ses ouvrages ne serait pas en proportion avec le labeur que supposerait l'étude consciencieuse de ses nombreux travaux. Au sur-

---

le meuble entre ses mains; il en résulte également que les créanciers de l'acheteur pourront saisir le meuble, même s'il n'y a pas eu de tradition effective. — Comp. Colin et Capitant — *Cours élémentaire de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd. T. I, p. 942 et 943.

L'art. 1408, 1<sup>o</sup> alinéa, prévoit l'hypothèse d'une personne qui est propriétaire, à titre de propre de communauté, d'une part indivise dans un immeuble. Au cours de son mariage, elle se porte adjudicataire d'une ou de plusieurs parts indivises appartenant dans ce même immeuble à ses copropriétaires. — L'art. 1408, 1<sup>o</sup> al. décide que cette acquisition ne forme pas un conquêt, c'est-à-dire que, quoique réalisée au moins en partie à titre onéreux pendant le mariage, elle constitue néanmoins un propre. POTHIER donnait déjà cette solution et il l'expliquait par l'effet déclaratif du partage. [POTHIER — *Traité de la Communauté* — 1<sup>o</sup> Partie, ch. 2, n<sup>o</sup> 145 et 146 (Bugnet, T. VII, p. 112)] Aujourd'hui, cette explication est abandonnée : elle a le défaut de restreindre l'application de l'art. 1408, 1<sup>o</sup> al. aux seules hypothèses où le partage fait cesser totalement l'indivision. La doctrine et la jurisprudence modernes décident donc que notre article a pour but l'unification de la propriété : l'époux ayant manifesté le désir de sortir de l'indivision en se portant adjudicataire, il serait fâcheux de le faire tomber dans une nouvelle indivision en faisant de l'immeuble un conquêt de communauté. Comp. Colin et Capitant. Op. cit. T. III (2<sup>e</sup> éd.) p. 78 et Planiol Op. cit. T. III (7<sup>e</sup> éd.) n<sup>o</sup> 963 et 964.

Dans son 2<sup>e</sup> alinéa, l'art. 1408 vise le cas d'un mari qui se porte lui-même adjudicataire d'un bien appartenant à sa femme de manière indivise : lors de la dissolution de la communauté, il donne le choix à la femme soit d'abandonner l'effet à la communauté, soit de retirer l'immeuble pour elle-même. C'est le retrait d'indivision. POTHIER donnait déjà la même solution et il l'expliquait par ce fait que le mari a stipulé dans l'intérêt de sa femme, en vertu d'un mandat tacite donné par cette dernière [(POTHIER — *Traité de la Communauté*, 1<sup>o</sup> partie, ch. 2,

plus, les qualités de notre auteur étant passées dans notre Code civil, c'est la lecture de ce dernier qu'il faut recommander (1).

Mais, si POTHIER a cessé d'être un maître, il reste un nom vénéré de tous les jurisconsultes : inspirateur du Code civil, il participe à sa gloire; précurseur de notre système juridique moderne, il se trouve attaché aux travaux historiques entrepris sur notre Code; il montre, enfin, comment une œuvre privée peut servir de modèle pour la confection d'une législation.

De ces remarques, une idée se dégage, dominante : le temps exerce fatalement son œuvre de destruction sur les ouvrages des jurisconsultes.

Quel que soit le système juridique du pays auquel ils appartiennent, il vient un moment où les juristes perdent toute influence sur les destinées de leur droit national. En Angleterre, où le droit n'a pas été codifié, les œuvres de BLACKSTONE peuvent, en apparence, inspirer encore certains ouvrages modernes, en réalité, l'esprit de notre auteur en est éliminé. En France, le Code civil a emprunté la substance des traités de POTHIER, mais aujourd'hui, notre Code vit d'une existence propre, et l'auteur qui fut son modèle a perdu tout crédit.

La présence ou l'absence d'une codification n'étend ni ne restreint donc le rôle des jurisconsultes : ceux-ci n'ont jamais que

---

n° 151 (Bugnet T. VII p. 1)]. La Chambre civile de la Cour de Cassation (17 Février 1886. D. 86. I. 249 — S. 86. I. 161) reproduit sur ce point l'opinion de POTHIER : il en résulte que, si la femme use de son droit de retrait, l'immeuble est un propre pour elle dès le jour même de l'acquisition du mari.

Nous avons ainsi dans ce même article 1408 deux exemples frappants de la manière dont, aujourd'hui, POTHIER peut être, soit écarté, soit suivi : on le suit ou on l'écarte selon que la solution donnée par lui apparaît contraire ou conforme aux nécessités de notre pratique moderne. Lorsque ses opinions se maintiennent, elles demeurent par la force des choses, et non par le prestige qui s'attache à leur auteur.

(1) POTHIER est envisagé ici comme auteur de droit français seulement. En tant que romaniste, POTHIER ne retient plus aujourd'hui l'attention : la découverte, en 1816, des commentaires de Gaius par Niebuhr, suivie de l'avènement de la méthode historique, ont jeté un jour tout nouveau sur l'étude du droit romain.

l'importance de leurs ouvrages. Bientôt, par l'effet des années, ils ne représentent plus qu'une phase, souvent attachante, de l'histoire des législations.

Avec BLACKSTONE et POTHIER, nous avons étudié l'une de ces phases, en Angleterre et en France, au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle. Si ces jurisconsultes doivent faire, dans l'avenir, l'objet de nouveaux travaux, ce sera pour les comprendre, sans doute, dans le champ du droit comparé. C'est une parcelle de ce vaste domaine que nous avons voulu préparer.

---

Vu :

*Le Doyen,*

H. BERTHELEMY

Vu :

*Le Président de la Thèse,*

Henry LÉVY-ULLMANN

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

*Le Recteur de l'Académie de Paris,*

S. CHARLETY

# TABLE DES MATIERES

|                    |   |
|--------------------|---|
| INTRODUCTION ..... | 7 |
|--------------------|---|

But de cette étude. p. 7. — Orientation actuelle des recherches de droit comparé. pp. 7 à 9. — Peut-on comparer les législations anglaise et française dans la personne de deux grands juriconsultes qui les représenteraient : Motifs qui poussent à choisir pour cette comparaison BLACKSTONE et POTHIER, en raison de l'époque où ils ont vécu, et en raison des œuvres qu'ils ont laissées. pp. 9-11. — Enoncé du plan. pp. 11-12.

## PREMIERE PARTIE

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| <i>Chapitre 1<sup>er</sup> : BLACKSTONE</i> .....  | 15 |
| 1°) Biographie .....                               | 15 |
| 2°) Bibliographie des ouvrages de BLACKSTONE ..... | 33 |
| <i>Chapitre 2<sup>e</sup> : POTHIER</i> .....      | 37 |
| 1°) Biographie .....                               | 37 |
| 2°) Bibliographie des ouvrages de POTHIER .....    | 53 |

## DEUXIEME PARTIE

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CARACTÈRES DE BLACKSTONE ET DE POTHIER. — LEURS ŒUVRES.<br>— TENDANCES DE LEURS ESPRITS .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 63 |
| Intérêt de l'étude des caractères de BLACKSTONE et POTHIER, p. 63. — Régularité d'existence de ces deux juriconsultes, p. 63-64. — POTHIER mène une existence plus retirée que BLACKSTONE : Différence dans l'organisation judiciaire et dans le régime politique de la France et de l'Angleterre au XVIII <sup>e</sup> siècle p. 64-65. — Bienveillance, tolérance, indépendance de BLACKSTONE et de POTHIER, p. 66. — Dignité de leur vie, p. 66. — BLACKSTONE et POTHIER restent soumis aux opinions moyennes de leur époque, 67. |    |
| <i>Gouts littéraires et artistiques de Blackstone et de Pothier,</i> °<br>p. 67. — Prédominance des qualités littéraires chez ces deux juriconsultes, pp. 67-68.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |    |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Style de Blackstone et de Pothier</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 69 |
| a) POTHIER : Classique par son esprit, il écrit dans la langue du XVIII <sup>e</sup> siècle, p. 69.                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |    |
| b) BLACKSTONE : Il appartient par son esprit et par son style à l'âge classique anglais, pp. 69-70. — BLACKSTONE rend l'étude du droit plus facile en enseignant dans la langue des étudiants et des gentlemen, p. 71.                                                                                                                                                                                         |    |
| <i>Œuvres de Blackstone et de Pothier</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 71 |
| a) BLACKSTONE : Etat de la science juridique anglaise avant BLACKSTONE : nécessité d'une systématisation pour débrouiller le chaos du droit anglais, p. 71. — BLACKSTONE réalise une synthèse à la portée de tous les esprits cultivés : il cherche à vulgariser la science du droit et s'attache à donner une vue générale du droit anglais, p. 72. — Plan de l'œuvre de BLACKSTONE, pp. 73.                  |    |
| b) POTHIER : Etat de la science juridique française avant POTHIER : il existait déjà des commentaires approfondis, mais les divers droits étaient séparés, p. 74. — POTHIER ne cherche pas à faire une systématisation : il écrit des traités séparés, mais son œuvre présente de l'unité, p. 75. — Absence de plan d'ensemble dans l'œuvre de POTHIER p. 76.                                                  |    |
| <i>Opinions politiques de Blackstone et de Pothier. p.</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 76 |
| a) POTHIER : Succès des idées libérales en France au XVIII <sup>e</sup> siècle, pp. 76-77. — Indifférence de POTHIER pour ces doctrines : POTHIER traite uniquement du droit civil, le droit public est abordé à cette époque par les seuls philosophes, pp. 77-79.                                                                                                                                            |    |
| b) BLACKSTONE : La science juridique repose en Angleterre sur le système des libertés publiques, p. 79. — Rôle du droit pénal dans le développement des libertés publiques anglaises, p. 79. — La plupart des juristes anglais sont membres du Parlement : BLACKSTONE est un whig du XVII <sup>e</sup> siècle, p. 79 et 80. — Le droit criminel et le droit constitutionnel dans l'œuvre de BLACKSTONE, p. 80. |    |
| <i>Opinions religieuses de Blackstone et de Pothier.</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 81 |
| a) POTHIER : Pothier, janséniste, p. 81.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |    |
| b) BLACKSTONE : Blackstone, membre de l'Eglise anglicane, p. 82.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |    |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Opinions philosophiques de Blackstone et de Pothier. ....</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 83 |
| a) POTHIER : <i>Pothier</i> , cartésien, p. 83. — Traces de la philosophie cartésienne dans l'œuvre de POTHIER, p. 84.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |    |
| b) BLACKSTONE : <i>Blackstone</i> , disciple de Locke, p. 84. — Traces de la méthode empirique dans l'œuvre de BLACKSTONE, p. 85.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |
| <i>Philosophie du droit dans les œuvres de Blackstone et de Pothier .....</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 87 |
| a) POTHIER : Tendance du XVIII <sup>e</sup> siècle pour les études philosophiques : ce qu'on entend à cette époque par un philosophe, p. 87. — Dans le domaine du droit, la philosophie conduit au XVIII <sup>e</sup> siècle à l'école du droit naturel : cette école demeure sans influence sur POTHIER, p. 87.                                                                                                                                                              |    |
| b) BLACKSTONE : Influence de l'école du droit naturel sur BLACKSTONE, p. 87. — BLACKSTONE connaît Montesquieu, Hobbes, Grotius, Puffendorf, Burlamaqui : il combine le système de Locke avec celui de Puffendorf, pp. 87-89. — Objet de la loi positive : sauvegarder les droits absolus de l'homme, p. 89. — La législation anglaise est pour BLACKSTONE la législation idéale; esprit conservateur des commentaires, p. 90. — Réaction de Bentham contre ce système, p. 91. |    |
| <i>Blackstone et Pothier professeurs. ....</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 91 |
| Eclat de leur enseignement, leur influence grandit après leur mort, pp. 91-93.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |    |
| <i>Conclusion, p. ....</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 93 |

## TROISIEME PARTIE

|                                                                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| COMPARAISON DES CONCEPTIONS JURIDIQUES DE BLACKSTONE ET DE POTHIER DANS QUELQUES CHAPITRES DE LA MATIÈRE DES OBLIGATIONS, p. .... | 97 |
| Justification du choix de la théorie de l'obligation comme élément de comparaison entre BLACKSTONE et POTHIER, p. 97.             |    |
| <i>Conception de l'obligation dans l'œuvre de Blackstone et dans l'œuvre de Pothier. ....</i>                                     | 97 |
| a) POTHIER : Pourquoi la théorie de l'obligation devait attirer principalement son attention, p. 97. — Influence du               |    |

droit canonique sur la notion d'obligation en France; POTHIER insiste sur le rapport de l'obligation civile avec le devoir de conscience, p. 98. — L'obligation repose en droit français sur le consentement : influence de Descartes sur POTHIER dans cette matière : l'obligation est un *vinculum juris*, pp. 98-99. — La théorie de l'autonomie de la volonté pp. 99-100. — Le traité des obligations de POTHIER est une œuvre purement théorique, p. 100.

- b) BLACKSTONE : Influence de Locke sur BLACKSTONE. Le contrat est présenté, dans son œuvre, comme un chapitre du droit des choses, p. 101. — Distinction des choses en choses réelles et personnelles, p. 101. — BLACKSTONE ramène tous les droits au droit de propriété p. 101. — Deux espèces de droits de propriété personnelle : propriété avec possession, propriété en action, p. 101. — La chose en action correspond à la notion française d'obligation, p. 102. — Etude du contrat dans l'œuvre de BLACKSTONE, pp. 103 et 104. — Silence de BLACKSTONE sur les caractères que doit présenter la volonté, p. 104. — Elimination du droit personnel dans l'œuvre de BLACKSTONE : la théorie anglaise de l'obligation est une création jurisprudentielle, p. 104-105.

Enseignement de la comparaison de la notion d'obligation chez BLACKSTONE et chez POTHIER, pp. 105-106.

*Comparaison de la distinction entre les choses en possession et les choses en action chez Blackstone et de la distinction entre les droits réels et les droits personnels chez Pothier, p. ....*

106

- a) *Droits réels et droits personnels dans l'œuvre de Pothier p.*

106

Distinction du *jus in re* et du *jus ad rem*, p. 106.

Critiques dirigées aujourd'hui contre cette distinction : théorie de M. Planiol, p. 107.

- b) *Choses en action et choses en possession dans l'œuvre de Blackstone, p. ....*

108

Absence de l'idée d'obligation dans l'œuvre de BLACKSTONE : Désaveu de cette conception par la doctrine anglaise à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, p. 108.

La distinction est nécessaire entre la condition du propriétaire et celle du créancier, mais, théoriquement, cette distinction semble vouée à un échec, p. 109. — La distinction entre les droits semble plutôt être née de l'évolution historique des situations juridiques, p. 109. — Le droit

de propriété est le droit originaire, les contrats apparaissent quand les rapports sociaux se compliquent, p. 109-110. — Pourquoi il est naturel qu'un jurisconsulte anglais s'efforce de ramener tous les droits au droit de propriété. Pourquoi la notion de droit personnel s'est développée en France, p. 110. — Il n'est pas surprenant que les juristes modernes ne soient pas restés sur les positions de BLACKSTONE et de POTHIER, pp. 110-111.

*Comparaison de la théorie de la considération dans l'œuvre de Blackstone et de la théorie de la cause dans l'œuvre de Pothier.* ..... 11

POTHIER emprunte la théorie de la cause au droit romain et à Domat, p. 111. — La théorie de la cause est-elle utile dans une législation où les contrats sont consensuels ? p. 112. — La cause envisagée est la cause finale : double notion de la cause finale, p. 112. — 1° Notion subjective : difficultés qui en résultent, pp. 112-114. — 2° notion objective : difficultés qui en résultent, p. 114. — Fidélité de la jurisprudence à la notion de cause : la notion de cause correspond à une réalité, p. 115. — Le droit anglais est formaliste, la considération, vestige du formalisme, est nécessaire à la validité d'un contrat non solennel, pp. 115-116.

Lien qui unit la théorie de la cause au principe de l'autonomie de la volonté, p. 116. — Pour quelques auteurs, la théorie de la cause est, en droit français, comme en droit romain et en droit anglais, une restriction à l'autonomie de la volonté, p. 117.

Aspect positif de la considération en droit anglais, pp. 117-118 — Cette notion est plus conforme à la réalité que les vues abstraites de la doctrine française, p. 119. — Est-il possible d'expliquer la jurisprudence française sur la cause, en se servant de la méthode positive anglaise ?, p. 120. — L'interprétation des contrats ne repose-t-elle pas sur le simple jeu des associations d'idées ? p. 120. — Exemple tiré d'un contrat synallagmatique, p. 120. — Exemples dans les contrats unilatéraux, p. 121. — La consécration par la jurisprudence de la notion de cause permet-elle de penser que la règle *ex nudo pacto* reçoit encore une application limitée en droit français ? p. 123.

La doctrine sociologique de Durkheim, p. .... 123

*Conclusion.* ..... 123

Dans la matière de l'obligation, POTHIER exprime l'esprit

français. Avantages et inconvénients de la technique française, pp. 123-124.

BLACKSTONE reflète de même l'esprit anglais. Avantages et inconvénients de la technique anglaise, p. 124. — Le droit comparé permet aux techniques juridiques anglaise et française de se corriger l'une l'autre : le droit français moderne se rapproche du droit anglais de l'époque de BLACKSTONE par le développement de la jurisprudence, le droit anglais accueille au contraire les conceptions abstraites. — Dans quelle mesure le droit comparé semble tendre vers l'unification des législations, pp. 124-125.

#### QUATRIÈME PARTIE

INFLUENCE EXERCÉE PAR BLACKSTONE ET PAR POTHIER SUR LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT ANGLO-SAXON ET DU DROIT FRANÇAIS. — IMPORTANCE ACTUELLE DE LEURS OUVRAGES, p. . .

129

Le rôle des jurisconsultes diffère suivant le degré de développement atteint par la science juridique, p. 129. — A l'origine, assouplissement des règles juridiques : travail de praticiens pp. 129-130. — Puis, analyse des rapports juridiques, p. 130. — Elaboration des constructions juridiques : travail de synthèse, p. 131. — Description des institutions juridiques, pp. 131-132. — Vulgarisation des résultats obtenus : double influence des jurisconsultes vulgarisateurs : sur l'enseignement, sur la codification du droit. BLACKSTONE est un vulgarisateur du premier type, POTHIER, un vulgarisateur du deuxième type, p. 132

- A) BLACKSTONE : *Blackstone* cherche à répandre la connaissance du droit parmi les citoyens anglais : il inaugure un enseignement qu'il porte à sa perfection, pp. 132 et 133. — Pourquoi le droit anglais avait été délaissé jusqu'à BLACKSTONE, p. 133. — Traits distinctifs du droit anglais, pp. 133-137. — Pourquoi le droit anglais n'a pas été codifié, p. 138. — Pourquoi les commentaires de BLACKSTONE n'ont pas provoqué de codification, pp. 138-139. — Eclipse des commentaires au début du XIX<sup>e</sup> siècle, p. 139. — BLACKSTONE n'a pas fait école en Angleterre pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, p. 140. — Réveil de la science juridique anglaise après 1860 : les jurisconsultes s'approprient la méthode blackstonienne, mais ils se spécialisent, p. 140. — Les jurisconsultes anglais modernes et leurs ouvrages, p. 141.

*Influence de Blackstone sur le droit américain*, p. 141.

Raisons du succès des Commentaires aux Etats-Unis, p. 142.

— Les commentaires ont donné au droit américain sa physionomie originale, p. 142. — Les commentaires furent le manuel classique des étudiants américains, jusqu'au jour où les Universités ont changé leur mode d'enseignement, p. 143.

Autorité des commentaires en Angleterre et aux Etats-Unis au XIX<sup>e</sup> siècle : leurs défauts se révèlent, ils n'expriment pas le droit moderne, p. 144. — Grief adressé aux jurisconsultes français, p. 144. — BLACKSTONE n'a plus aujourd'hui d'influence réelle, p. 145. — Il faut étudier les Commentaires dans leur texte original, p. 145. — L'influence de BLACKSTONE aurait-elle grandi si les Commentaires avaient inspiré une codification en Angleterre, p. 146. — BLACKSTONE est en Angleterre une gloire nationale, p. 146. — Vénération des Américains pour BLACKSTONE, p. 146.

B) POTHIER : L'œuvre de POTHIER n'eut pas, France, au XVIII<sup>e</sup> siècle, le même succès que l'œuvre de BLACKSTONE en Angleterre à la même époque : raisons de cette différence, pp. 146-147. — Pourquoi l'influence de POTHIER s'est accrue après sa mort : son œuvre préparait l'unification du droit, pp. 147-148. — POTHIER apporte à l'étude du droit français tout entier une méthode unique, pp. 148-149. — POTHIER est le dernier des grands juristes de l'ancien droit, p. 149. — Pourquoi l'œuvre de POTHIER a pu survivre à la Révolution, p. 150. — Besoin d'une codification en France pendant la Révolution et après la Révolution p. 150. — Influence de POTHIER sur la rédaction du Code Civil, p. 151. — Emprunts du Code Civil au texte de POTHIER, p. 151. — La méthode du Code Civil rappelle celle de POTHIER, p. 152. — Le Code civil s'est inspiré des doctrines de POTHIER : exemples pp. 152-154. — Rôle de l'œuvre de POTHIER dans les Commentaires du Code Civil : évolution des méthodes d'interprétation : l'autorité de POTHIER a été déclinant, pp. 154-156. — Comment notre Code Civil a soutenu le prestige de POTHIER, p. 153. — L'étude approfondie des œuvres de POTHIER n'est plus recommandée, p. 158. — POTHIER reste un nom, attaché à la renommée de notre Code Civil. p. 159.

Conclusion. ....

159

L'influence des jurisconsultes s'efface nécessairement avec les années, quelque soit le système juridique du pays auquel ils appartiennent. Si BLACKSTONE et POTHIER présentent encore un intérêt, c'est en droit comparé, pp. 159-160.





